

84

COLECCIÓN
MATERIALES
DOCENTES

Control de convencionalidad como herramienta de protección de Derechos Humanos

Juan Pablo Díaz Fuenzalida
Regina Ingrid Díaz Tolosa

2026

AJ ACADEMIA
JUDICIAL
CHILE

Juan Pablo Díaz Fuenzalida

Doctor en Derecho, Máster en Gobernanza y Derechos Humanos, por la Universidad Autónoma de Madrid y Magíster en Docencia Universitaria, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, por la Universidad Autónoma de Chile. Actualmente es Profesor investigador, Director del Grupo de Investigación y del Magíster en Justicia Constitucional y Derechos Humanos, y profesor del claustro de Doctorado en Derecho, en la Universidad Autónoma de Chile. Autor de múltiples publicaciones académicas, destacando artículos indexados, libros y capítulos de libro. Es docente del Programa de Formación y del Programa de Perfeccionamiento de la Academia Judicial a través de adjudicación de concursos. Ha obtenido una serie de becas y reconocimientos, destacando: adjudicación en primer lugar del Grupo de Estudios en Ciencias Jurídicas y Políticas en concurso Fondecyt de Postdoctorado (2020-2023); Beca de movilidad para estancias postdoctorales en universidades andaluzas de la Asociación Universitaria Iberoamericana de Posgrado (AUIP); Beca otorgada por el Tribunal Constitucional de España para realizar estudios de formación en doctrina constitucional en las dependencias del tribunal en Madrid; Beca “Jóvenes líderes iberoamericanos” de Fundación Carolina de España; entre otros. Contacto: juanpablo.diaz@uautonoma.cl.

Regina Ingrid Díaz Tolosa

Doctora en Derecho (2013), Magíster en Ciencia Jurídica (2008) y Licenciada en Derecho (2004) por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Micro Máster en Innovación y Docencia Universitaria, Centro de Innovación y Desarrollo Docente, Universidad Autónoma de Chile (2024). Actualmente se desempeña como Directora de Carrera de Derecho en Universidad Autónoma de Chile, Sede Santiago, Campus El Llano. Docente del Magíster en Justicia Constitucional y Derechos Humanos, docente del claustro de Doctorado en Derecho, y Directora del Diplomado en Derecho Migratorio de la Universidad Autónoma de Chile. Adjudicataria docente de cursos del Programa de Formación y del Programa de Perfeccionamiento de la Academia Judicial. Tiene más de veinte años de experiencia en docencia e investigación en áreas de derecho público, en especial, en Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Adjudicataria de dos Fondecyt regular como investigadora principal (2014 y 2018). Abogada Integrante de la Corte de Apelaciones de San Miguel (2021). Par evaluadora en la Comisión Nacional de Acreditación (2022). Evaluadora Becas Chile en la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo. Árbitro de artículos científicos en revistas de Perú, Colombia, Uruguay, México y Chile. Contacto: ingrid.diaz@uautonoma.cl



Control de convencionalidad como herramienta de protección de Derechos Humanos

MATERIALES DOCENTES 84

© Juan Pablo Díaz Fuenzalida y Regina Ingrid Díaz Tolosa, por los textos, 2026

© Academia Judicial de Chile, por esta edición, 2026
Amunátegui 465, Santiago de Chile
academiajudicial.cl • info@academiajudicial.cl

Edición: Academia Judicial y Tirant lo Blanch
Diseño: Tirant lo Blanch

Todos los derechos reservados.

Resumen

Dentro de los objetivos de la Academia Judicial se encuentra el perfeccionamiento de todos los integrantes del Poder Judicial. En tal contexto se elabora el presente material docente, titulado *Control de convencionalidad como herramienta de protección de Derechos Humanos*, que tiene como finalidad contar con un texto de tipo académico cuyo énfasis principal esté en el desempeño diario de las personas destinatarias específicas que éste tiene en el Poder Judicial, considerando los desafíos profesionales y laborales que enfrentan.

El concepto de “control de convencionalidad” surge principalmente con el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006). En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifestó que debe realizarse una “especie” de “control de convencionalidad” entre la normativa nacional y la Convención Americana de Derechos, prevaleciendo esta. Además, la Corte IDH espera que se siga su propia interpretación por los órganos de justicia como por las autoridades nacionales. De ahí que haya diversas posturas sobre la temática a desarrollar, tanto por la doctrina, jurisprudencia de los diversos países y autoridades.

El trabajo se divide para efectos académicos en dos partes. La primera, referida al control de convencionalidad y los tribunales de justicia, desde una mirada teórica desarrollada con normativa, doctrina, jurisprudencia y reflexiones. La segunda, enfocada en un análisis jurisprudencial temático, destacando asuntos sobre justicia transicional, movilidad humana, derecho a la identidad y prohibiciones de prisión por deudas.

Esperamos que el presente material docente sea de utilidad y, especialmente, invite a reflexionar en la temática en estudio.

Contenido

5	PRESENTACIÓN
	Del objeto del presente trabajo
7	PRIMERA PARTE:
	Control de Convencionalidad y Tribunales de Justicia
59	SEGUNDA PARTE
	Análisis Jurisprudencial Temático
127	REFERENCIAS

Presentación

Del objeto del presente trabajo

El concepto de “control de convencionalidad” surge en el sistema interamericano a propósito del caso *Almonacid Arellano vs. Chile* de 2006, conocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), el cual declara que los delitos de lesa humanidad son inamnistiables e imprescriptibles y el Decreto Ley de Amnistía chileno inaplicable por encontrarse en contraposición de normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario, especialmente, los Convenios de Ginebra de 1949.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es un órgano convencional, de carácter internacional, creado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), mediante los artículos 52 a 69, a la cual los Estados pueden conceder competencia para conocer de la aplicación total o parcial de la Convención, si formulan reservas al respecto, las que no deben ser necesariamente aceptadas por los demás Estados partes.¹ Junto con la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Corte IDH es uno de los tres tribunales regionales de protección de los derechos humanos existentes a nivel mundial.²

Así, la Corte IDH, desde el caso citado manifestó que debe realizarse una “especie” de “control de convencionalidad”. Es, por tanto, un término que surge desde la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, no contemplándose expresamente en el tratado internacional que da origen a la Corte IDH, siendo este la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida comúnmente como Pacto de San José de Costa Rica. De allí que se indique que se trata de

1 Así, por ejemplo, han conferido competencia, Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay. Son Estados parte de la CADH, pero no confirieron competencia a la Corte IDH, Dominica, Granada y Jamaica.

2 Sin ser precisamente tribunales regionales, habría que tener en cuenta a la Corte Penal Internacional y en Asia a la Comisión Asiática de Derechos Humanos.

una teoría de origen pretoriano consistente en que los órganos públicos, y especialmente, los tribunales de justicia debieran realizar un examen de compatibilidad entre las normas aplicables a un caso en concreto, nacionales e internacionales, especialmente del sistema interamericano.³ Luego, a su respecto existen diversas posturas sobre su legitimidad y aplicabilidad, y discusiones doctrinarias y jurisprudenciales en los Estados, así como de funcionarios del poder ejecutivo y legislativo, respecto de sus efectos y obligatoriedad.

En términos sencillos, el control de convencionalidad examina las normas jurídicas internas de un Estado y las contrasta con la “Convención” Americana sobre Derechos Humanos. De ahí la expresión “convencionalidad”. En efecto, este control, de acuerdo con la doctrina, puede clasificarse en concentrado y difuso, dando énfasis de acuerdo con el objeto del presente trabajo a este último. El control concentrado es el que ejerce la Corte Interamericana para resolver los casos que son sometidos a su jurisdicción, y, a su turno, el control difuso de convencionalidad nos traslada a las autoridades nacionales de cada Estado, de acuerdo con la tesis y desarrollo de la intención de la Corte IDH de que se realice a nivel interno una “especie” de control de convencionalidad.⁴

Dada las diversas miradas y posturas jurídicas que se pueden adoptar de frente al análisis del control de convencionalidad, en este manual se da énfasis a aspectos normativos y, especialmente, a la revisión de la jurisprudencia interamericana y chilena existente. Solo como complemento refiere a doctrina y reflexiones académicas en los apartados pertinentes.

3 Henríquez y Núñez (2019: 377); Corte IDH (2019: 4).

4 Camarillo y Rosas (2016). En el mismo sentido, Henríquez y Núñez (2019: 384), en cuanto explican que el control de convencionalidad difuso implica que todos los jueces, pertenezcan a tribunales constitucionales u ordinarios de justicia deben realizar control de convencionalidad en materias sometidas a su jurisdicción relacionada con vulneración de derechos.

PRIMERA PARTE:

Control de convencionalidad y tribunales de justicia

I. Fundamentos teóricos del control de convencionalidad

1. Tratados internacionales y su cumplimiento, en los Estados del sistema interamericano de Derechos Humanos, y en particular, por Chile

Los tratados internacionales deben cumplirse en consonancia con el principio *pacta sunt servanda* contemplado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual Chile ha ratificado y se encuentra vigente. Ha entrado en vigor internacional en enero de 1980⁵ y Chile lo ha ratificado en el año 1981.⁶ Gozáini, al analizar la obligatoriedad de determinados tratados internacionales que afectan a los países latinoamericanos y europeos, nos recuerda esta Convención.⁷ En efecto, el artículo 26 consagra al respecto que el principio *pacta sunt servanda* implica que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Es decir, lo pactado obliga, pero además debe ser cumplido, de forma efectiva para que lo suscrito y ratificado no sea una mera ilusión.

Sumado a lo anterior, el artículo 27 que expresa a propósito del derecho interno y la observancia de los tratados que, “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin per-

5 Cfr. Naciones Unidas. Status of Treaties. Chapter XXIII. Law of Treaties. 1. Vienna Convention on the Law of Treaties. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDGS/Volume%20II/Chapter%20XXIII/XXIII-1.en.pdf>

6 Decreto Supremo 381, Promulga la Convención sobre el Derecho de los Tratados y su anexo, suscrita por el Gobierno de Chile en Viena, el 23 de mayo de 1969, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 22 de junio de 1981. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=12889&idParte=0&idVersion=>

7 Gozáini (2014).

juicio de lo dispuesto en el artículo 46”⁸. Mayor fuerza aún, ni siquiera con derecho interno se puede obstaculizar la aplicación de un tratado internacional.

Ahora bien, en el año 1989 se realizó una reforma constitucional en Chile que modificó el inciso segundo del artículo quinto de la Carta Fundamental. En su antigua redacción se consagraba que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Ello traía complejidades en la interpretación: *¿Cuáles eran aquellos derechos?* Y es así como, en virtud de la Ley de Reforma Constitucional 18.825, de 17 de agosto de 1989,⁹ se agregó una parte, dando mayor certeza, encuadrando los derechos esenciales de la naturaleza humana en aquellos garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. A la fecha, dicha redacción sigue intacta.

La redacción de la reforma del año 1989 de la Constitución chilena, que explicitaba la referencia a los tratados internacionales, no buscaba solo subsanar un problema de certeza jurídica, sino que además propiciaba su aplicación en los tribunales de justicia. En tal sentido, nos recuerda el profesor Francisco Cumplido Cereceda que¹⁰ de forma esporádica los juzgados y cortes aplicaban directamente las normas de la Constitución y, respecto de los tratados, exigían frecuentemente una legislación que recepcionara lo convenido, es decir, una ley que los pusiera de práctica o desarrollo a pesar de ya haber sido ratificados por el Estado. Adiciona el profesor que durante el periodo de 1973 a 1989, dado que no se habían publicado ciertos tratados en el Diario Oficial, los tribunales se excusaban de aplicarlos puesto que no estaban aún vigentes para Chile. El autor citado nos recuerda el caso del Pacto de Derechos Civiles y Políticos promulgado en 1976, y publicado trece años después, solo en abril de 1989, o el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, ratificado en 1976 y promulgado y publicado el 27 de mayo de 1989.

8 Naciones Unidas. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Resolución A/CONF.39/27, de 23 de mayo de 1969. Disponible en: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf

9 Ley de reforma constitucional N° 18.825, de 17 de agosto de 1989. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/44169/2/HLArt5CPR.pdf>

10 Cumplido (2003: 365-374).

Ahora bien, a partir de dicha reforma, resultó necesario incorporar los tratados internacionales en la materia. Como lo ha señalado el profesor Humberto Nogueira Alcalá, con la modificación introducida al artículo 5° de la Constitución en el año 1989, cuyo texto dispone lo siguiente:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

De ello podemos afirmar que el límite de la soberanía son los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Según Nogueira Alcalá, estos derechos serían:

- a) los que la Carta Fundamental explicita sin taxatividad en el artículo 19°;
- b) los que asegura el derecho internacional a través de los principios de *ius cogens*; los que asegura el derecho convencional internacional de derechos humanos y derecho humanitario y los que asegura el derecho internacional consuetudinario.
- c) Los derechos esenciales implícitos que puedan desarrollarse en el futuro, respecto de los cuales no hay reconocimiento aún a través de las diversas fuentes del derecho interno o internacional.¹¹

A mayor abundamiento Chile ha mostrado un real interés en estar al día en materia de derechos esenciales, lo que se ha cristalizado en la suscripción y ratificación de tratados sobre derechos humanos. Así, Díaz Tolosa nos recuerda que:

La tradición en Chile ha sido respetar las normas del Derecho internacional; además forma parte de los sistemas universal y regional de protección de los derechos humanos y uno de los pilares fundamentales de su sistema político democrático es la protección a la dignidad humana.¹²

Así, ya es posible afirmar que:

1. Los principales tratados sobre derechos humanos de la ONU son parte del bloque de constitucionalidad por contener normas de *ius cogens*.

¹¹ Nogueira (2003: 403-466).

¹² Díaz (2013: 393-417).

2. En caso de no seguir doctrinas *ius naturalistas* o ser más formalistas exigiendo una norma o acuerdo internacional, los principales tratados sobre derechos humanos de la ONU son parte del bloque de constitucionalidad, siempre y cuando estén ratificados por Chile y estos se encuentren vigentes, aplicando el Tratado de Viena (en concreto el *pacta sunt servanda* y el principio de buena fe de los tratados).
3. En caso de no seguir doctrinas *ius naturalista*, y si se le quiere dar mayor fuerza obligatoria a la soberanía nacional (normas constitucionales) que, a los acuerdos entre partes internacionales, los principales tratados sobre derechos humanos de la ONU son parte del bloque de constitucionalidad, siempre y cuando estén ratificados por Chile y estos se encuentren vigentes, aplicando el artículo 5 inciso segundo de la Constitución chilena.

Esta exigencia deriva, como se ha señalado, del propio Derecho Internacional, el cual impone una especial atención a los tratados en materia de derechos humanos, exigiendo incluso que el Poder Judicial vele por su aplicación efectiva. Es más, se ha dicho que los derechos humanos reconocidos en las Convenciones y tratados, entre otros, tienen por objeto ampliar la gama de derechos fundamentales y no a reemplazarlos.¹³ O incluso que desde libertades económicas se pueden incluir una serie de derechos fundamentales que están incluidos en los tratados internacionales. Así, para el caso chileno, se garantiza constitucionalmente poder realizar actividades económicas, lo que viene acompañado de libertades y derechos como el de asociación, personalidad jurídica, entre otras.¹⁴

Más aún, es menester agregar que los tratados han sido relevantes incluso en los últimos procesos constitucionales chilenos. Así, el artículo 135, inciso final de la Constitución Política de Chile, se refiere a los límites que debiera considerar la Convención que podría redactar una Nueva Constitución:

Artículo 135. Disposiciones especiales.

El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

13 Tomé Da Mata y Gómez Correio (2016: 347-363).

14 Díaz y Villamil (2020: 230-256).

Como puede observarse, el primer proceso de Convención Constitucional se presentó como una especie de “hoja en blanco”. Sin embargo, en la práctica, operaba más bien como un croquis con una base normativa preexistente, dentro de la cual se incluyen los tratados internacionales suscritos por Chile. Ello encuadra perfectamente con el artículo 5 inciso segundo de la Constitución, es decir, con los límites de la soberanía. De manera que ni la redacción ni la ratificación de los ciudadanos respecto de una Nueva Constitución debiera ir en contra de los tratados internacionales, especialmente si tratan sobre derechos humanos.

Misma idea encontramos en el artículo 154 de la Constitución vigente, a propósito del segundo proceso constitucional, que consideraba a los tratados internacionales, en las denominadas “12 bases”, en la número 3, como sigue:

Artículo 154.- La propuesta de nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá contener, al menos, las siguientes bases institucionales y fundamentales:

3. La soberanía tiene como límite la dignidad de la persona humana y los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes. La Constitución consagrará que el terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos.

Finalmente, es interesante apreciar que la judicatura chilena ha incorporado de forma progresiva los tratados internacionales, ratificados y vigentes. Encontramos los de origen en Naciones Unidas,¹⁵ como aquellos de la Organización de los Estados Americanos (OEA).¹⁶ Asimismo, los que corresponden a la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

2. Orígenes y obligación internacional de hacer oficiosa-mente el control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH

2.1. *El caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile y el surgimiento de una nueva mirada, parámetros del control, principios del mecanismo y el rol interpretativo*

En el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006) la Corte IDH expresó su voluntad de que sus sentencias generen efectos *erga omnes* y no so-

15 Díaz (2019: 153-172).

16 Díaz (2021: 269-288).

lo para los Estados parte objeto de la contienda resuelta. A juicio de la Corte sus interpretaciones deben constituir precedentes obligatorios para todos los órganos jurisdiccionales de los Estados parte. Además, los mismos deben efectuar un necesario control de convencionalidad, privilegiando así siempre lo contenido en la CADH, incluso respecto de las constituciones nacionales.¹⁷ Este cambio jurisprudencial ha generado críticas por un sector de la doctrina¹⁸ y también por un grupo de Estados parte, como más adelante se indica. Esta nueva mirada de la Corte IDH se expresó de la siguiente manera:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹⁹

Con posterioridad, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (2006), la Corte IDH buscó precisar su jurisprudencia en los siguientes términos:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino que también de convencionalidad, *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no quede limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar

17 Ribera y Díaz (2023: 519-535).

18 Al respecto véase, por ejemplo, el trabajo de Contreras (2015: 425 y ss.).

19 Corte IDH, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 2006, párrafo 124.

otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones.²⁰

Podemos concluir que a contar del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, la Corte IDH ha procurado, por una parte, que los tribunales nacionales (e incluso que las demás autoridades de los Estados miembros) apliquen en forma directa y preferente la CADH y otras normas que integran el sistema interamericano de protección de los derechos fundamentales, y por otra que incorporen su jurisprudencia como fuente vinculante, incorporando así la doctrina del precedente judicial. En esa misma línea cabe tener presente a la sentencia del caso *Fernández Ortega y otros vs. México* (2010), particularmente lo resuelto en el párrafo 236, como sigue:

El Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.²¹

De esta manera, la Corte IDH ha entendido por control de convencionalidad lo siguiente:

- a) Es una institución que se utiliza para aplicar el derecho internacional, específicamente la CADH y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de la Corte.
- b) Las autoridades estatales están en la obligación de ejercerlo *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.
- c) Por autoridades estatales se entiende los jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.
- d) Este control debe tener por finalidad que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones

20 Corte IDH, caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (2006), párrafo 128.

21 Se cita por la sentencia jurisprudencia de la Corte IDH: caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), caso *Boyce y otros vs. Barbados* (2007) y caso *Radilla Pacheco vs. México* (2009).

- judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales.
- e) Para tal labor, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana en su jurisprudencia contenciosa y consultiva.²²

2.2. ¿Quiénes deben ejercer el control de convencionalidad al interior de los Estados?

En un inicio, la Corte IDH atribuyó al Poder Judicial (los jueces y tribunales internos) el deber de ejercer un control de convencionalidad,²³ para afirmar luego que dicho deber correspondía a “los órganos del Poder Judicial”.²⁴ En el caso *Boyce y otros vs. Barbados*, la Corte IDH consideró que dicho control de convencionalidad debían realizarlo no solo los tribunales internos de Barbados sino que incluso le atribuyó este deber a la Corte de Justicia del Caribe, tribunal creado por el tratado constitutivo de la Comunidad del Caribe (CARICOM), esto es, un tribunal internacional, que fuera de interpretar el tratado, ejerce además funciones de Corte Suprema en materia civil y penal de los Estados miembros.²⁵

Esta imprecisión de destinatarios se manifestó igualmente en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, en que la Corte incluyó no solo los jueces, sino que también como destinatarios de este deber “a los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”,²⁶ sosteniendo en el caso *Gelman vs. Uruguay* que el control era “función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial”.²⁷

22 Así, la propia descripción que se hace sobre el control de convencionalidad en Corte Interamericana de Derechos Humanos (2025) y su cuadernillo de jurisprudencia Corte IDH (2009: 6).

23 Corte IDH, caso *Almonacid Arrellano y otros vs. Chile*, párrafo 124.

24 Corte IDH, caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, párrafo 158.

25 Caso *Boyce y otros vs. Barbados* (2007), párrafo 78.

26 Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010), párrafo 225.

27 Caso *Gelman vs. Uruguay* (2011), párrafo 239.

3. Naturaleza jurídica del control de convencionalidad e intensidad del control de convencionalidad y del cumplimiento de los tratados

Como se ha explicado previamente, la naturaleza jurídica del control de convencionalidad (al menos del concepto “una especie”) es una creación jurisprudencial de la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006). Sin embargo, también hay quienes afirman que tiene un origen convencional, valga la redundancia, de la propia Convención Americana de Derechos Humanos, puesto que se trataría de una interpretación evolutiva de la misma. En este último sentido, es interesante analizar lo argumentado por la Excelentísima Corte Suprema, como sigue:²⁸

18º) Que, en la materia, esta Corte lleva fijando un criterio jurisprudencial, en donde, por medio del control de constitucionalidad o convencionalidad ha decidido dejar sin aplicación el instituto de la cosa juzgada, cuando ella perpetúa la conculcación de alguna clase de derecho fundamental o de algún derecho humano que ha de ser respetado. Tal razonamiento viene dado por una adecuada coherencia e integración de la normativa internacional al ordenamiento nacional, más si ella se relaciona con el deber de reparar de forma integral las violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes del Estado lo que se reconoce en el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y que, por cierto, al que se encuentra obligado el Estado de Chile.

En relación con la “intensidad” del control de convencionalidad, es interesante como lo explica y resume González Domínguez,²⁹ en el siguiente tenor:

El entendimiento de la intensidad del control de convencionalidad debe depender, en lo que respecta a los parámetros sobre los que se efectúa dicho control, del lugar que ocupen las distintas fuentes del *corpus juris interamericano* en un ordenamiento jurídico determinado. Por lo que el control de convencionalidad no debe operar de la misma manera en Panamá que en Argentina, pues ambos países tienen distintos sistemas de control de constitucionalidad, y distintas reglas de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos. Panamá no tiene un sistema de control difuso de constitucionalidad, y las normas derivadas del derecho de los tratados no tienen jerarquía constitucional. Argentina tiene un sistema de control difuso de constitucionalidad, y la Constitución reconoce la jerarquía cons-

28 Corte Suprema, rol 31.940-2022, 2024, considerado décimo octavo.

29 González (2018: 199-226).

titucional de la Convención Americana y otros tratados de derechos humanos. Lo mismo sucede con la regulación de algunos derechos en el ámbito constitucional que adquieren dimensiones distintas en cada Estado. Estas diferencias importan a un nivel normativo, pues no existe una regla de derecho internacional que requiera homogeneidad en relación al (sic.) nivel de incorporación del derecho internacional a nivel nacional.

En consecuencia, es preciso considerar cuál podría ser la intensidad —o más bien cómo podría hacerse una “especie” de control de convencionalidad— en el contexto del ordenamiento jurídico de cada país, en particular de Chile.

En siguientes apartados se revisará la jurisprudencia tanto de la Excelentísima Corte Suprema como del Tribunal Constitucional que darán luces al respecto, como tópicos que tienen relación con ello, como jerarquías normativas, discusiones doctrinarias, entre otros.

4. Control de convencionalidad y margen de apreciación nacional

En el sistema interamericano, la aplicación del denominado “margen de apreciación nacional” es limitada; de hecho, en diversas ocasiones la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fallado expresamente en su contra. Uno de los casos más categóricos, en este último sentido, es el caso *Gelman vs. Uruguay* (2011), en que dicho país elaboró amnistías a propósito de la desaparición forzada de personas, a través de leyes post conflicto, es decir, ya en régimen democrático. En tal sentido, la Corte IDH condenó a Uruguay considerando su jurisprudencia, principalmente la del caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006). Un sector de la doctrina ha criticado el fallo, en el sentido que es distinto una especie de “auto amnistía” que una “ley”, creada ya en un sistema democrático. En este último punto, se ha dicho por parte de la doctrina³⁰ lo siguiente:

Mucho más compleja es la situación en “*Gelman vs. Uruguay*” y, tal vez, en donde se advierte un claro cambio en el tipo de casos, puesto que allí, a diferencia de los demás asuntos analizados, en el país condenado se había consolidado un sólido sistema democrático que, si bien había dictado una norma de amnistía, lo había hecho con una larga y extensa discusión pública y siguiendo procedimientos estrictamente democráticos —plebiscitos incluidos—. Es por ello por lo que la Corte ya no se dirige únicamente a la judicatura interna, sino que amplía la obligación de efectuar control de con-

30 Colombo (2022: 83-116).

vencionalidad a «todo funcionario público». También, debido al sustrato democrático de la normativa de caducidad impugnada, la Corte argumenta desde la teoría sustancialista de la democracia, en el sentido de que existen derechos «no disponibles» por las mayorías, y la facultad de amnistiar delitos graves que afectan derechos humanos sería uno de estos supuestos —derechos como cotos vedados—.

Sin embargo, al otro lado del Atlántico, en Europa, no es tan rígido el control. Más bien existe el denominado “margen de apreciación nacional”, el que al igual que el control de convencionalidad, fue desarrollándose vía jurisprudencial. En todo caso, el Protocolo XV del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Estrasburgo 24 de junio de 2013) ahora lo contempla expresamente, a diferencia del denominado control de convencionalidad. Así, en el artículo 1 de la norma citada se consagra que, “afirmando que incumbe en primer lugar a las Altas Partes Contratantes, con arreglo al principio de subsidiariedad, garantizar el respeto de los derechos y libertades definidos en el presente Convenio y sus protocolos, y que, al hacerlo, gozan de un margen de apreciación, bajo el control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que instituye el presente Convenio”.

Es decir, los Estados tienen un margen de apreciación, sin perjuicio de que pueda ser revisado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH). En efecto, el TEDH ha desarrollado la doctrina del margen de apreciación nacional a través de su jurisprudencia, la cual sirve más como referencia interpretativa que como un precedente vinculante en sentido estricto, un intento por armonizar el derecho europeo sin menoscabar la soberanía de los Estados.³¹

5. Algunas críticas doctrinarias respecto del control de convencionalidad como lo expresa la Corte IDH

En este punto, es de interés el trabajo de Fernanda Garcés Ramírez que sintetiza varios temas a considerar.³² Considerando ello, se critica la fuente normativa, dado que el control de convencionalidad es una creación jurisprudencial, puesto que no hay norma expresa que lo consagre. Adicionalmente, recuerda la autora que se ha señalado que los redactores de la Convención Americana no tuvieron la intención de

31 García (2010).

32 Garcés (2023: 101-142).

establecer el control de convencionalidad,³³ tal como lo acredita la historia fidedigna de su creación.³⁴ Con ello, también se afectaría entonces la soberanía nacional como el Estado de Derecho, nacional de cada país como el internacional.

Asimismo, es interesante observar las críticas que señala Ignacio Colombo.³⁵ Así, considera que “el denominado control de convencionalidad tiene fundamento cuestionable”, coincidiendo entonces con Garcés Ramírez como tantos otros autores. Así, el autor señala expresamente que:

Toda la construcción jurisprudencial de la doctrina del llamado “control de convencionalidad” parece asentarse en una premisa cuestionable, esta es, la que postularía que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos se desenvuelve en un contexto jurídico de integración regional o, en todo caso, en el marco de un derecho supranacional (que no es lo mismo que convencional), en donde ha operado una delegación de soberanía de los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en favor de los órganos interamericanos, en especial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estos presupuestos no son afirmados nunca de manera explícita —ni por la Corte ni por la teoría jurídica que propicia la expansión irrestricta del “control de convencionalidad”—, pero gran parte del desarrollo de la doctrina se basa, indudablemente, en dichos pilares.

Adicionalmente, explicita Colombo que el control de convencionalidad es una expansión indebida y autoasignada (de la Corte IDH). Afirma el autor que “la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ampliado, autorreferencialmente (y ello ya es de por sí problemático), las facultades que surgen del Pacto de San José de Costa Rica”.

Asimismo, podríamos afirmar que la crítica se intensifica cuando la Corte IDH intenta no solo que se realice una especie de control de convencionalidad, sino que todos los países deben seguir la forma de interpretar la Convención. Lo anterior se profundiza aún más, cuando la Corte IDH determina derechos que no se encuentran expresamente reconocidos en el Pacto de San José de Costa Rica. Tanto es así que hay artículos de doctrina que analizan lo que denominan “activismo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.³⁶

33 Paúl (2019: 55).

34 Contesse (2018: 6).

35 Colombo (2022: 83-116).

36 Martín (2018: 93-124).

Asimismo, cuando se juzgan decisiones adoptadas por Estados en el marco de sistemas democráticos constitucionales, ello agudiza las tensiones entre la soberanía estatal y las obligaciones internacionales, así como el debate doctrinario sobre los límites del control internacional. Es interesante lo que recuerda Colombo,³⁷ citando a Gargarella, como sigue:³⁸

(...) desde la década de 1970 y durante muchos años, el sistema interamericano de derechos humanos y la Comisión en particular se presentaron como una respuesta directa a la ola de autoritarismo extremo y crímenes masivos contra los derechos humanos que dominaron la región en esa época.

Así, afirma también Colombo, en el texto recién citado que, “los tipos de ‘casos’ a su vez dependen del contexto político existente, puesto que una cosa es trabajar con denuncias efectuadas a Estados con graves déficits democráticos y, otra, respecto de Estados con democracias consolidadas. Esto puede explicar la ‘actitud’ adoptada por la Corte”. En efecto, ante ese tipo de situaciones es entendible la posición de la Corte IDH, más allá que tenga o no las competencias, pero se hace más difícil en relación con la imposición de su criterio ante países con sistemas democráticos.

6. Jerarquías normativas: supralegal, constitucional, rol complementario, entre otras, en Chile y casos de derecho comparado

De antaño sabemos que la supremacía constitucional, como afirma la doctrina, es uno de los fundamentos del Estado de Derecho.³⁹ Para el caso de Chile, encontramos concretamente el artículo 6 y 7 de la Constitución que vale tener presente:

Artículo 6°.- Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

37 Colombo (2022: 83-116).

38 Gargarella (2017: 3).

39 Góngora (2022: 379-382).

Artículo 7°.- Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

Sin embargo, especialmente hoy en día, no solo encontramos a la Constitución y las leyes, sino que se ha generado una serie de normativas, particularmente los tratados internacionales en materia de derechos humanos ¿Cuál será la jerarquía de estos en el actual Estado de Derecho? ¿Cuál será para el caso concreto de Chile? Recordemos que también es menester considerar en la ecuación al artículo 5 de la Constitución Política de la República, que, si bien es conocido, es preciso tener a la vista:

Artículo 5°.- La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

En la doctrina hay distintas posturas. Algunos dirán que los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes sobre “tales derechos” son supraconstitucionales, que son parte del denominado bloque de constitucionalidad (ya sea con mismo rango que la Constitución, por debajo de esta, pero por sobre las leyes, o, que la complementan), como también habrá quienes equiparen a los tratados a una ley.⁴⁰ No obstante, se ha de puntualizar que la Constitución Política chilena no posee normas explícitas de apertura al derecho internacional, pues no define la incorporación del derecho internacional al derecho interno, tampoco su jerarquía, ni la forma de interpretar.⁴¹

40 Díaz (2021/2022: 88-89).

41 Henríquez y Núñez (2019: 378).

Para reflexionar al respecto, es preciso revisar ejemplos de derecho comparado, revisando su principal “fuente normativa” (la Constitución). Así, la Constitución de España estima que: “Artículo 9.1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, y, asimismo que “9.2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Otro caso de interés lo encontramos en la Constitución de Bolivia, dado que determina expresamente la jerarquía normativa:

Artículo 410.II

La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:

1. Constitución Política del Estado.
2. Los tratados internacionales
3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena
4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.

Determina expresamente que la Constitución es la norma suprema, aunque suma a los tratados, pero en un segundo escalón, pero antes de la legislación. En misma lógica encontramos a la Constitución de Ecuador como sigue:

Artículo 424.

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Artículo 425.

El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

Un caso también relevante que da cuenta no solo de la problemática de determinar una jerarquía a las normas, sino que también es determinar cuáles son “en concreto” los tratados internacionales de derechos humanos, o, en específico para el caso de Chile, aquellos que contienen derechos que emanan de la naturaleza humana. Así, se consagra en la Constitución de Argentina:

Corresponde al Congreso:

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Si bien la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos no son tratados propiamente tales, para Argentina tienen rango constitucional, sumado a los otros tratados que se consideran en el citado artículo. Sin embargo, no derogan artículos de la primera parte de la Constitución, diríamos a la parte dogmática de su texto constitucional. Asimismo, denota un punto relevante, que es el de los quórum de aprobación. Los demás tratados necesitarán de 2/3 de la Cámara, diríamos, en ejercicio, para que tengan rango constitucional.

También es claro al efecto el artículo 4 de la Constitución de Colombia: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Pero, asimismo, se establece en el artículo 93 que:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

En el caso de Perú, en la disposición final y transitoria cuarta, se determina que: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

De los ejemplos normativos revisados, los tratados pueden tener mayor o menor importancia en el ordenamiento jurídico respectivo, pero no están por sobre la Constitución. Entonces reconoce menor fuerza normativa a las normas que no sean tratados ratificados, como resoluciones, proclamaciones, conocidas comúnmente como *soft law*. Aquello tiene relevancia para el presente trabajo, a propósito de preguntarse ¿cómo debe atenderse a las sentencias de la Corte IDH? ¿Será idéntico en sus efectos casos en que haya condenado a Chile o a otro país? ¿Cómo deben interpretarse los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes? ¿Cuáles son los tratados ratificados y vigentes relacionados con los derechos humanos o de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana? ¿La norma del tratado es autoejecutable o de desarrollo progresivo? Entre otras interrogantes.

II. Control de convencionalidad y el Tribunal Constitucional

1. Control de constitucionalidad no es necesariamente control de convencionalidad, especialmente a propósito de la competencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional es un órgano regulado en la Constitución Política de la República de Chile, en el Capítulo VIII, artículos 92 a 94. En relación con sus atribuciones, estas se encuentran en el artículo 93, y, respecto de su función principal, consiste en realizar controles de constitucionalidad, no de tratados ni de convencionalidad, al menos expresamente. Considerando lo anterior, habrá que determinar qué se entiende por “control de constitucionalidad”, dado que también hay normas en la Constitución que dicen relación con tratados internacionales. Dicha interpretación, al menos desde lo eminentemente formal, excluiría jurisprudencia y otras normas, como resoluciones o proclamaciones, que no sean tratados internacionales.

El presente apartado resulta de interés no solo para quienes se especializan en jurisprudencia constitucional, sino que también —a propósito del artículo 93 número 6 en que también es sujeto activo legitimado para presentar requerimiento de inaplicabilidad— el juez o tribunal que conozca del caso concreto.

Al margen de las contribuciones y controversias doctrinarias en torno a la interpretación de qué se entiende por control de constitucionalidad y el alcance de este en la Constitución chilena, es preciso revisar lo que ha manifestado el Tribunal Constitucional chileno al efecto. En los siguientes párrafos se presentan los considerandos relevantes de las sentencias de la judicatura constitucional, de acuerdo con su propia base de datos,⁴² utilizando como palabra clave o descriptor “control de convencionalidad”. Adicionalmente, hemos de indicar que este apartado finaliza con un caso de jurisprudencia de cuestión de constitucionalidad (dado que la presenta un juez y no una parte) que es de interés y que podría considerarse como una alternativa de armonización.

42 Disponible en https://tcchile.cl/busqueda/buscador_contenido.php.

Tabla: Base jurisprudencial del Tribunal Constitucional con descriptor “control de convencionalidad” (Fuente: elaboración propia)

Rol	Fecha	Año	Carátula
2265	21/11/2013	2012	control de convencionalidad de las leyes cuya aplicación a una gestión judicial pendiente pudiese generar efectos contrarios a lo dispuesto en un tratado internacional sobre derechos humanos que haya sido sancionado por el Estado de Chile y se encuentre vigente.
2666	03/09/2015	2014	control de convencionalidad del precepto reprochado, por cuanto éste vulneraría la Convención Americana de Derechos Humanos.
2794	12/05/2016	2015	control de convencionalidad , con sus características y situación propias, cabe considerar además el caso <i>Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos</i> , de la Corte IDH, de fecha 23 de noviembre de 2009.
3016	09/05/2016	2016	control de convencionalidad , existen antecedentes que permiten desvirtuar la argumentación esgrimida por el Ejecutivo, esto es, que las normas objetadas son necesarias para solucionar un (supuesto) incumplimiento.
2874	15/11/2016	2015	control de convencionalidad auténtico, no solo en los tres casos procesales penales en que se ha condenado internacionalmente al Estado de Chile, cuales son: <i>Palamara Iribarne vs. Chile</i> , de 22 de noviembre de 2005, y <i>Almonacid Arellano vs. Chile</i> , de 26 de septiembre de 2006.
2794	12/05/2016	2015	Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Juan Carlos Cruz Valverde respecto del artículo 5, N° 3, del Código de Justicia Militar, en los autos sobre recurso de apelación, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago (Secretaría Criminal), bajo el Rol N° 3.489-2014 de Reforma Procesal Penal.
2991	14/03/2017	2016	Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Hugo Prado Contreras respecto del artículo 483 del Código Procesal Penal, en los autos Rol N° 39.122, seguidos ante el Ministro en Visita Extraordinaria Mario Carroza de la Corte de Apelaciones de Santiago, en actual conocimiento de la Corte Suprema, por recursos de casación en la forma y en el fondo, bajo el Rol N° 8.642-2015.

Rol	Fecha	Año	Carátula
3056	05/04/2018	2016	Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por Astrid Veninga Fergadiott, Juez de Familia de Casablanca, respecto de los artículos 4, 8, 10, 11, 12 y 13 del Auto Acordado sobre procedimiento para investigar responsabilidad disciplinaria de jueces y funcionarios judiciales, de la Corte Suprema, de 27 de julio de 2007, contenido en las Actas N° 129-2007 y 168-2007, en los autos sobre sumario administrativo Rol IC 675-2015, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso.
3054	07/06/2018	2016	Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Nicolás Ramírez Cardoen respecto de los artículos 768, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil; 58, inciso final, de la Ley N° 18.045; 46, inciso final, y 133, inciso primero, de la Ley N° 18.046; 20 del Código Penal, y 27 del Decreto Ley N° 3.538; todos ellos en relación con los artículos 59, letras a) y f), 60, letra a), en relación a los artículos 166 y 165, incisos primero y segundo, de la Ley N° 18.045, en los autos sobre reclamación de multa, de que conoce el 17° Juzgado Civil de Santiago, bajo el Rol C-7508-2012, de que conoce actualmente esa Corte de Apelaciones de Santiago, por recursos de casación en la forma y apelación, bajo el Rol N° 5457-2016.
3136	05/04/2018	2016	Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por Daniel Urrutia Laubreaux, Juez del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, respecto de los artículos 4, 8, 10, 11, 12 y 13 del Auto Acordado sobre procedimiento para investigar responsabilidad disciplinaria de jueces y funcionarios judiciales, de la Corte Suprema, de 27 de julio de 2007, contenido en las Actas N° 129-2007 y 168-2007, en los autos sobre sumario administrativo Rol N° Pleno-1707-2015, de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Rol	Fecha	Año	Carátula
4627	11/12/2018	2018	Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Carlos Arturo Durán Low respecto de los artículos 478, 481, 482 y 488, todos del Código de Procedimiento Penal, en la gestión pendiente en el proceso penal suscitado por el Ministro en Visita Extraordinaria don Mario Carroza Espinosa, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago, por recursos de casación en la forma y apelación, bajo el Rol N° 351-2016.
6717	26/12/2019	2019	Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Ricardo Ignacio Silva Arias respecto del artículo 9° del Decreto Ley N° 321, que establece la Libertad Condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad, en el proceso sobre recurso de amparo de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol Ingreso Corte Amparo N° 1042-2019.
7181	02/01/2020	2019	Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Marcelo Andrés Villarroel Sepúlveda respecto del artículo 9° del DL N° 321, en los autos caratulados <i>Villarroel con Gendarmería de Chile</i> , de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, por recurso de protección, bajo el Rol Protección N° 61113-2019.
6985	23/01/2020	2020	Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Rodrigo Pérez Martínez respecto del artículo 9° y 3 bis, del Decreto Ley N° 321, que establece la Libertad Condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad, en el proceso sobre recurso de amparo de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol Ingreso Corte Amparo N° 1529-2019.
8108	23/04/2020	2020	Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Pablo Marcelo Rodríguez Márquez respecto de los artículos 3 bis, inciso primero, y 9°, del D.L. N° 321, de 1925, del Ministerio de Justicia, que establece la Libertad Condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad, en los autos Rol N° Amparo-3030-2019, sobre recurso de amparo, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Rol	Fecha	Año	Carátula
6634	28/05/2020	2020	Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el Servicio de Salud de Valdivia respecto de los artículos 1º, inciso tercero, y 485, del Código del Trabajo, en los autos RIT T-49-2019, RUC 19-4-0176023-K, caratulados <i>Cárdenas con Servicio de Salud de Valdivia</i> , sobre procedimiento de denuncia por tutela laboral, seguidos ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Valdivia.
8816	10/09/2020	2020	Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Brian Leopoldo Trujillo Cerda respecto del artículo 9º del Decreto Ley N° 321, que establece la Libertad Condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad, en el proceso Rol Ingreso Corte Amparo N° 1374-2020, sobre recurso de amparo, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago.
8123	17/11/2020	2020	Requerimiento formulado por diez H. Diputadas y Diputados en ejercicio para que se declare la cesación en el cargo del H. Diputado Hugo Gutiérrez Gálvez.
9100	07/01/2021	2020	Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Patricio Contesse Fica respecto del artículo 768, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil, en el proceso Rol N° 76.400-2020, sobre recursos de casación en la forma y en el fondo, seguido ante la Excm. Corte Suprema.
9406	28/01/2021	2021	Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Rodrigo Pérez Martínez, Marco Antonio Bustos Carrasco, Aquiles Navarrete Izarnoteguí, y Julio Cerda Carrasco, respecto de los artículos 9 y 3 bis, del D.L. N° 321, de 1925, del Ministerio de Justicia, que establece la Libertad Condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad, en el proceso Rol Ingreso Corte Amparo N° 1917-2020, sobre recurso de amparo, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

A continuación, revisamos la sentencia de 21 de noviembre de 2013, autos rol 2265-12-INA del Tribunal Constitucional.⁴³ El voto mayoritario de la sentencia determinó que:

SEXTO: Que, al igual que todos los órganos del Estado, este Tribunal Constitucional está compelido a obrar “dentro de su competencia”, como lo indica el inciso primero del artículo 7° de la Carta Fundamental. No le es permitido, por ende, ampliar unilateralmente su esfera de atribuciones, para extenderla a reglas de contexto insertas en su plexo normativo, cuya violación no se alegó.

En esta línea argumentativa, cabe recordar que el sostenedor de la inaplicabilidad no invocó la eventual vulneración del artículo 5° constitucional, cuyo inciso segundo define el deber de los órganos del Estado de “respetar y promover” los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados ya sea en la Constitución como en “los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Tal justicia omisión se yergue como un obstáculo para que esta entidad de constitucional pueda subrogarse al requirente, asumiendo una legitimidad activa oficiosa que el constituyente no le ha reconocido; (...)

OCTAVO: Que, como lo ha sustentado uniformemente esta judicatura constitucional, los tratados internacionales no constituyen, per se, parámetros autónomos de control de constitucionalidad, en el sentido de habilitar directamente a esta jurisdicción para contrastar su sentido y alcance con los preceptos legales que presuntamente los contrarían. Para que esta operación fuera jurídicamente válida, sería necesario que aquellos instrumentos estuvieren dotados de rango constitucional en cuanto fuentes formales de Derecho Constitucional, y no adquirirla por vía simplemente indirecta, a través de la remisión que a ellos formula el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental.

Sin embargo, en los mismos autos existe un voto concurrente con una prevención, en el siguiente tenor:

El Ministro señor José Antonio Viera-Gallo concurre al fallo previniendo que no comparte enteramente el considerando 8) pues, a su juicio, el Tribunal Constitucional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5°, inciso 2°, de la Constitución Política, está impelido a ejercer el control de convencionalidad de las leyes cuya aplicación a una gestión judicial pendiente pudiere generar efectos contrarios a lo dispuesto en un tratado internacional sobre derechos humanos que haya sido sancionado por el Estado de Chile y se encuentre vigente. Efectivamente, el legislador tiene la obligación constitucional de respetar los derechos que emanan de la naturaleza humana como límites en

43 Tribunal Constitucional, rol 2265-12, 2012.

el ejercicio de su potestad normativa y, en forma especial, los garantizados por la Constitución Política y por los tratados internacionales. Si una ley se apartara de tal mandato o bien su aplicación a un caso concreto pudiese contravenir ese principio recogido en el artículo 5° ya citado, correspondería al Tribunal Constitucional poner remedio a tal agravio por vía de la inaplicabilidad y, con posterioridad, mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma, si lo estima pertinente.

Lo dispuesto en el artículo 5° de la Constitución Política no es un mero consejo o recomendación, sino que una norma imperativa que contiene a la vez una regla y un principio: la regla remite al contenido de la Carta Fundamental y de los tratados de derechos humanos y el principio, a una realidad más genérica pero no por ello menos exigente y precisa, cual es la esfera protegida por los derechos que emanan de la naturaleza humana y que no se encuentran explícitamente recogidos en instrumentos de derecho público anteriormente citados.

Por otra parte, destaca la sentencia de 2016, autos rol 3016 (3026)-16-CPT del Tribunal Constitucional,⁴⁴ en el siguiente tenor:

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: Que este Tribunal ha señalado, como ya se ha explicado, que las normas objetadas agrupadas en este capítulo no superan los estándares exigidos por la Constitución Política de la República. Esta Magistratura no se pronunciará sobre si existen o no elementos del proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional que superen los estándares mínimos establecidos en tratados internacionales ratificados por Chile, en especial los Convenios N°s 87 y 98 de la OIT. Lo que este Tribunal sostiene, en cambio, es que aun cuando en esta causa no se haya sometido a control de constitucionalidad la legislación laboral vigente, ni menos a un control de convencionalidad, existen antecedentes que permiten desvirtuar la argumentación esgrimida por el Ejecutivo, esto es, que las normas objetadas son necesarias para solucionar un (supuesto) incumplimiento de nuestra legislación laboral de los convenios de la OIT suscritos por Chile. Lo que se ha constatado es que no existe norma en los Convenios N° 87 y 98 de la OIT que obligue a excluir de la legislación interna a los grupos negociadores; (...)

SEXAGÉSIMO PRIMERO: Que, en consecuencia, aun cuando en el presente requerimiento no se esté revisando la constitucionalidad de la actual normativa laboral, así como tampoco realizando un control de convencionalidad de sus disposiciones, de acuerdo a lo sostenido precedentemente es posible desvirtuar la argumentación de las Observaciones del Ejecutivo al requerimiento en orden a demostrar que las normas requeridas son necesarias para solucionar un incumplimiento de la legislación interna con los

44 Tribunal Constitucional, rol 3016 (3026)-16-CPT, 2016.

convenios de la OIT suscritos por Chile. Como hemos revisado, no existe norma en los Convenios N° 87 y 98 de la OIT que obligue a los Estados a excluir a los grupos de trabajadores de la negociación colectiva;

También es de interés tener a la vista sentencia de 2018, autos rol 6717-19-INA del Tribunal Constitucional,⁴⁵ según sigue a continuación:

TRIGESIMOPRIMERO: Que no procede aplicar el control de convencionalidad, tal como lo requiere el peticionario de inaplicación, en el marco de la sede del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, puesto que no despliega ni desarrolla argumentos que profundicen como en el caso concreto puede materializarse dicha operación, asimismo, debe tenerse presente que en la causa de mérito ya fue aplicada la pena razón por la cual carece de pertinencia la alegación de vicio de inconstitucionalidad deducida, puesto que cualquier modificación o afectación al cumplimiento de la pena es un tema debatible en el campo de la mera legalidad, ante lo cual esta Magistratura carece de competencia para involucrarse en tal dilema;

El criterio anterior se ha mantenido, lo que se corrobora en el siguiente caso. Así, se constata en la sentencia de 2020, autos rol 7181-19-INA del Tribunal Constitucional,⁴⁶ como sigue:

TRIGESIMOSEGUNDO: Que no procede aplicar el control de convencionalidad, tal como lo requiere el peticionario de inaplicación, en el marco de la sede del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, puesto que no despliega ni desarrolla argumentos que profundicen como en el caso concreto puede materializarse dicha operación, asimismo, debe tenerse presente que en la causa de mérito ya fue aplicada la pena razón por la cual carece de pertinencia la alegación de vicio de inconstitucionalidad deducida, dado que cualquier modificación o afectación al cumplimiento de la pena es un tema debatible en el campo de la mera legalidad, ante lo cual esta Magistratura carece de competencia para involucrarse en tal cuestionamiento;

Dicho criterio se siguió manteniendo, siendo valioso revisar el siguiente caso. Así, encontramos la sentencia de 2020, autos rol 8108-2020-INA del Tribunal Constitucional,⁴⁷ en el siguiente tenor:

DÉCIMO TERCERO: Que, sin embargo, es del caso determinar los efectos y la amplitud del control de constitucionalidad que se puede hacer en la especie. No debemos olvidar, que el ámbito del control constitucional nunca puede abandonar que “se trata de verificar la compatibilidad entre los pre-

45 Tribunal Constitucional, rol 6717-19, 2018.

46 Tribunal Constitucional, rol 7181-19, 2020.

47 Tribunal Constitucional, rol 8108-20, 2020.

ceptos de nuestra ley fundamental y determinadas decisiones del legislador ordinario en materia penal. Cualquier pretensión de sacar conclusiones que no tenga apoyo directo en los valores, principios o reglas constitucionales deberá buscar otro referente de legitimidad” (José Luis Díez Ripollés, *La Racionalidad de las Leyes Penales*. Ed. Trotta, 2da. Ed. Ampliada, 2013, Madrid, p. 211). (...)

TRIGÉSIMO: Que no procede aplicar el control de convencionalidad, al invocar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otra normativa internacional citada a fojas 20, tal como lo requiere el peticionario de inaplicación, en el marco de la sede del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, puesto que no despliega ni desarrolla argumentos que profundicen como, en el caso concreto, puede materializarse dicha operación; asimismo, debe tenerse presente que en la causa de mérito ya fue aplicada la pena, razón por la cual carece de pertinencia la alegación de vicio de inconstitucionalidad deducida, dado que cualquier modificación o afectación al cumplimiento de la pena es un tema debatible en el campo de la mera legalidad, ante lo cual esta Magistratura carece de competencia para involucrarse en tal cuestionamiento;

A mayor abundamiento, se sigue con la sentencia de 2020, autos rol 8816-2020-INA del Tribunal Constitucional,⁴⁸ como sigue:

DÉCIMO TERCERO: Que, sin embargo, es del caso determinar los efectos y la amplitud del control de constitucionalidad que se puede hacer en la especie. No debemos olvidar, que el ejercicio del control constitucional nunca puede abandonar que “se trata de verificar la compatibilidad entre los preceptos de nuestra ley fundamental y determinadas decisiones del legislador ordinario en materia penal. Cualquier pretensión de sacar conclusiones que no tenga apoyo directo en los valores, principios o reglas constitucionales deberá buscar otro referente de legitimidad” (José Luis Díez Ripollés, *La Racionalidad de las Leyes Penales*. Ed. Trotta, 2da. Ed. Ampliada, 2013, Madrid, p. 211).

TRIGÉSIMO CUARTO: Que no procede aplicar el control de convencionalidad, tal como lo infiere el peticionario de inaplicación, en el marco de la sede del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, puesto que no despliega ni desarrolla argumentos que profundicen como en el caso concreto puede materializarse dicha operación, asimismo, debe tener presente que en la causa de mérito ya fue aplicada la pena, razón por la cual carece de pertinencia la alegación de vicio de inconstitucionalidad deducida, dado que cualquier modificación o afectación al cumplimiento de la pena lo cual

48 Tribunal Constitucional, rol 8816-2020, 2020.

es un tema debatible en el campo de la mera legalidad, ante lo cual esta Magistratura carece de jurisdicción para involucrarse en tal cuestionamiento;

Por otro lado, es de interés revisar la sentencia 2020, autos rol 8123-20 INHP del Tribunal Constitucional.⁴⁹ Si bien, no en el voto mayoritario, hubo dos prevenciones que tratan la temática en estudio, particularmente de los señores ministros Nelson Pozo Silva y Rodrigo Pica Flores, en el siguiente tenor:

103. El referido carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa. De tal manera, el Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, por lo que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es él quien debe de resolver el asunto a nivel interno y, de ser el caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales. En este sentido, la jurisprudencia reciente ha reconocido que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención, tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.

104. De lo anterior se desprende que en el sistema interamericano existe un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión, y los mecanismos de protección, tanto los nacionales como los internacionales, puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad. En este sentido, la Corte ha señalado que la responsabilidad estatal bajo la Convención solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de reconocer, en su caso, una violación de un derecho, y de reparar por sus propios medios los daños ocasionados.

Como queda en evidencia en relación con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, este ha sido limitativo en inaplicar un precepto legal, expresa y/o únicamente por un tratado internacional. A diferencia

49 Tribunal Constitucional, rol 8123-20 INHP, 2020.

de lo anterior, en el siguiente apartado se expone un caso que puede servir de alternativa de integración y/o conciliación entre lo constitucional propiamente tal y los tratados ratificados por Chile y vigente.

2. Una alternativa complementaria o de conciliación entre lo constitucional y lo convencional, en base a jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Como se ha anunciado en el apartado anterior, el siguiente caso puede ser de interés para integrar, desde el control de constitucionalidad, tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes relacionados con los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Así, la siguiente sentencia no solo declaró inaplicables preceptos legales (artículo 93 número 6 de la Constitución) sino que también los determinó inconstitucionales (artículo 93 número 7 de la Constitución). El caso trata de la Ley 16.441, que crea el departamento de Isla de Pascua, conocida como Ley Pascua.

El caso se sustancia y los siguientes extractos se obtienen de 2021, rol 8792-2020, del Tribunal Constitucional.⁵⁰ En efecto, con fecha 5 de junio de 2020, el Juez Titular del Juzgado Mixto de Rapa Nui-Isla de Pascua, acciona solicitando un pronunciamiento al Tribunal Constitucional en torno a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 13 y 14 de la Ley 16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua, en el marco del proceso penal RUC 19010757412, RIT 426-2019, seguido ante dicho Tribunal. Los preceptos legales impugnados consagraban expresamente lo siguiente:

Ley 16.441 (...)

Artículo 13.- En los delitos contemplados en los Títulos VII y IX del Libro Segundo del Código Penal, cometidos por naturales de la Isla y en el territorio de ella, se impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sean responsables.

Artículo 14.- En aquellos casos en que el Tribunal deba aplicar penas de presidio, reclusión o prisión podrá disponer que hasta dos tercios de ellas puedan cumplirse fuera del establecimiento carcelario, fijando en la sentencia las condiciones de trabajo y residencia que deba llevar el condenado y el tiempo por el cual se concede este beneficio, el que podrá suspenderse o revocarse por el Juez, de oficio o a petición de parte, por medio de una

50 Tribunal Constitucional, rol 8792-2020, 2021.

resolución fundada, que se apoye en el incumplimiento de las condiciones impuestas.

En síntesis, por el solo hecho de ser natural de Isla de Pascua se tenía una serie de beneficios procesales y penales por delitos contemplados Títulos VII y IX del Libro Segundo del Código Penal, es decir, respecto de crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual, como de crímenes y simples delitos contra la propiedad.

En el caso concreto, el Ministerio Público calificó los hechos como el delito de violación propia previsto y sancionado en el artículo 361 número 1 del Código Penal, atribuyéndole una participación de autor de conformidad al artículo 15 número 1 del mismo código, y reconoció la circunstancia atenuante del artículo 11 número 8 del código punitivo, esto es, si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito. Asimismo, el persecutor penal sostuvo que perjudica al acusado la circunstancia agravante prevista en el artículo 12 número 1 en relación con el artículo 368 bis número 1 del Código Penal (esto es, alevosía), la prevista en el artículo 12 número 12 del cuerpo punitivo, (esto es, ejecutar el delito de noche o en despoblado), y la agravante contemplada en el artículo 12 número 18 del mismo cuerpo legal, (esto es, ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por su sexo mereciere el ofendido cuando no haya provocado el suceso).

De esta manera, el Ministerio Público solicitó para el acusado la pena de 15 años de presidio mayor en su grado medio y las accesorias pertinentes establecidas en los artículos 370 bis y siguientes del Código Penal, las accesorias previstas en los artículos 27 y siguientes del mismo cuerpo legal, el registro de la huella genética del imputado, y el comiso de las especies incautadas.

Durante la audiencia preparatoria, la defensa expuso su teoría del caso, señalando que, en la oportunidad procesal correspondiente, solicitará la aplicación de los artículos 13 y 14 de la Ley 16.441 que creó el Departamento de Isla de Pascua, por ser el acusado miembro de la etnia Rapa Nui y haberse cometido el ilícito en territorio de la isla del mismo nombre.

En efecto, se acoge el requerimiento, determinándose que se vulneraba la dignidad humana (artículo primero, inciso primero de la Constitución), la igualdad ante la ley (artículo 19, numeral segundo de la Constitución) y la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (artículo 19, numeral tercero de la Constitución), según se indi-

ca expresamente en el considerando sexagésimo quinto de la sentencia citada.

Sin embargo, pueden servir para interpretar la normativa constitucional los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. Así, es de interés el considerando cuarto, que, aunque sea una alegación del requirente, sintetiza lo anterior:⁵¹

CUARTO.- En cuanto a las normas que se entienden como parámetro de control, el requirente alega que la aplicación de los preceptos impugnados atenta contra el principio de no discriminación y la igualdad ante la ley de las mujeres, infringiéndose normas constitucionales, en particular, los artículos 1º, 5º, 6º, 19 N° 2 y N° 3 de la Constitución. Asimismo, se invoca una infracción a las normas convencionales identificadas en los artículos 1º, 2º, 3º, 4º literales b), c), e) y f), 6º, 7º, 8º y 9º de la Convención de Belém do Pará. Del mismo modo, estima vulnerados los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de la Mujer (CEDAW en su versión inglesa) así como a los artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Además, la aplicación de los preceptos impugnados vulnera el principio de la supremacía constitucional, consagrado en los artículos 5º, 6º y 19 N° 26 de la Constitución.

Además, los propios considerandos del Tribunal Constitucional incorporan lo que denomina “Derecho Convencional” —entendido como sinónimo de los tratados internacionales de derechos humanos—, en una lógica de colaboración con la definición constitucional, es decir, para un mejor entendimiento y/o desarrollo de normas constitucionales para el caso concreto:⁵²

NOVENO.- Antes de reflexionar sobre los criterios interpretativos, debemos proceder a una cuestión previa relativa a la función de las Convenciones de derechos humanos que se han invocado ampliamente en este caso. El requerimiento ha planteado diversas cuestiones de convencionalidad relativas a dos elementos diversos. Por una parte, el efecto derogatorio que tendría diversas convenciones internacionales de derechos humanos respecto de la legislación interna. Y, por la otra, que existiría una colisión de contenidos convencionales entre el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo por una parte en relación a la CEDAW y la Convención de Belém do Pará por la otra.

51 Tribunal Constitucional, rol 8792-2020, 2021, considerando cuarto.

52 Tribunal Constitucional, rol 8792-2020, 2021, considerandos noveno a décimo tercero.

DÉCIMO.- Esta Magistratura recurre al Derecho Convencional en el modo en que sus argumentaciones colaboran a la definición constitucional de un caso planteado. Por diversas razones que simplemente enunciaremos, éste puede ser uno de los casos en que esa función resulta exigida por los propios requirentes. Además, la comunidad jurídica que se ha involucrado en el presente asunto ha recurrido al argumento convencional como uno de esos elementos que parece definir este asunto por una doble vía. Por una parte, por un alegado efecto derogatorio que tendría una de las Convenciones respecto de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441. Y, por la otra, porque aparecerían contenidos contrapuestos entre convenciones que privilegiarían la mantención de determinadas costumbres indígenas versus la eliminación de toda forma de discriminación contra las mujeres, especialmente, en el ámbito de su indemnidad sexual o viceversa.

DÉCIMO PRIMERO.- La CEDAW, de la cual Chile es parte, impone a los Estados un deber de adecuación y de adoptar medidas de derecho interno. En tal sentido, “los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: (...) (g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer” [(artículo 2°, literal g)].

Este mandato hacia los Estados, más allá de sus alcances relativos a su carácter de compromiso o de obligación, impone la necesidad de adaptar el ordenamiento interno conforme a los principios y normas que de buena fe el Estado de Chile aceptó.

En cualquier circunstancia, como ha sostenido esta Magistratura, es muy distinta la dimensión normativa de cuándo nos encontramos frente a una derogación propia del legislador que el efecto que el constituyente denominó derogatorio identificado por el artículo 94 de la Constitución. Los motivos, el contenido y los alcances se fundan en cuestiones sustancialmente diferentes (STCs 1552, c. 3°; 1710, c. 171° y 4966, c. 10°). En la derogación legal, expresa o tácita, los criterios de mérito ordenan la decisión, no siendo definitiva la función de incompatibilidad de la regla legal cuestionada por una convención de derechos humanos. En consecuencia, esa dimensión es y seguirá siendo resorte del juez de fondo.

Por el contrario, en el caso de la derogación en razón del artículo 94 de la Constitución, ha de venir precedida de una correlación procesal que identifica previamente una acción de inaplicabilidad con sentencia estimatoria (artículo 93, numeral 6°) que habilita para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad (artículo 93, numeral 7° de la Constitución). En consecuencia, no es posible considerar la dimensión derogatoria puesto que el resultado de esta sentencia será meramente habilitante para la interposición o declaración de oficio de un proceso constitucional conducente a la declaración de inconstitucionalidad de los cuestionados preceptos legales, con

los efectos buscados por la parte requirente. En consecuencia, no es resorte en el actual momento de definir un criterio sobre la dimensión derogatoria del que establece el artículo 94 de la Constitución.

DÉCIMO SEGUNDO.- En cuanto al segundo problema convencional planteado, aparece el dilema de la contraposición de reglas convencionales. Por una parte, la cuestión relativa a la derogación, desde la CEDAW en su artículo 2° literal g) impone una consideración de jerarquía por vigencia a favor de los derechos de las mujeres con el objeto de eliminar toda discriminación en su contra. En cambio, la parte requerida en esta causa, nos indica que debe adoptarse a su turno una posición que reconozca una diferenciación positiva a favor de la identidad de los pueblos originarios. En tal sentido, sostiene que “las medidas preferentes aprobadas a su favor están destinadas a permitirles preservar una identidad colectiva en lugar de recuperar su retraso de desarrollo” (fs. 688 del expediente constitucional Rol 8792).

En consecuencia, más allá de la dimensión que vincula las reglas convencionales a un bloque de constitucionalidad, se exige resolver a su favor el presente requerimiento, pero en la práctica llevando a debilitar los mandatos de un tratado internacional de derechos humanos por sobre otro.

Esta cuestión exigiría un tipo de interpretación que ponderara reglas aparentemente contrapuestas, para lo cual habría que analizar el artículo 23 de la CEDAW en relación con los artículos 34 y 35 del Convenio 169 de la OIT, a objeto de encontrar una interpretación que los armonizara.

DÉCIMO TERCERO.- El caso implica para esta Magistratura, necesariamente, un encuadramiento normativo acerca de si lo regulado por los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441 podría o no ser una costumbre indígena, conforme al derecho que la regula, la que incorpora elementos interpretativos del Derecho Convencional.

Solo en ese sentido se pronunciará esta Magistratura, sin perjuicio de estimar que los tratados internacionales de derechos humanos deben ser interpretados, conforme lo disponen los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ordenando una interpretación de buena fe y respetuosa del *pacta sunt servanda*. En tal sentido, hay que estimar el sentido expansivo de los derechos que contempla y en donde deben distinguirse adecuadamente el tipo de mandatos que regula puesto que algunos son de aplicación inmediata y otros de realización progresiva.

El caso es de sumo interés, puesto que el juez podría haber argumentado en favor de no aplicar, en sede ordinaria, los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua sin acudir al Tribunal Constitucional. Es decir, dejando de aplicar dos artículos vigentes (en su momento) de una ley de la República, ejerciendo, en cierta forma, un control de convencionalidad, en que podría preguntarse si tenía o no las facultades para ello. Podría haber acarreado incluso la presentación de un recurso de nulidad y/o queja

según el caso. Sin embargo, optó por una vía ya institucionalizada, el requerimiento de inconstitucionalidad que ampara tanto a las partes como al juez que lleva el juicio concreto, tanto en la Constitución expresamente como en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sumando tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, pero sin obviar las normas constitucionales.

En todo caso, intentar citar o aplicar expresamente el denominado “control de convencionalidad” en el Tribunal Constitucional, incluso en la misma sentencia citada, es complejo aún. Para tener a la vista, es preciso citar también la siguiente prevención del Ministro señor Nelson Pozo Silva (aunque también fue de acoger el requerimiento):

IV.- Control de convencionalidad y conflicto de constitucionalidad

15°. Que el concepto de control de convencionalidad ha sido construido progresivamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Existe consenso en otorgar la expresión a García Ramírez, quien la utiliza como vez primera en el caso “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, del año 2003, desde ahí se comienza a construir una secuencia evolutiva del concepto que se consolida en el año 2006, a través del fallo “Almonacid Arellano y otro vs. Chile”, en el cual recuerda que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermad(o)s por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”, agregando que para ello, el Poder Judicial, debe ejercer “una especie” de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la “Convención Americana”, estableciendo que “el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Amaya, Jorge Alejandro, *Control de Constitucionalidad*, 2° ed., Astrea, Buenos Aires, 2015, pp. 388-367).

Luego en el caso “Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros), respecto del Perú, se continúa en el ejercicio del perfeccionamiento del concepto, precisando algunas características específicas de dicho control: a) Es de aplicación *ex officio* por parte de los órganos del Poder Judicial, “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. Ello implica que esta “función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones”; b) Es complementario al “control de constitucionalidad”, por lo que además del precitado control, se debe aplicar el que están obligados los órganos del Poder Judicial en su

legislación interna; y c) Es de aplicación también en un eventual “contexto de impedimentos normativos y prácticos para asegurar un acceso real a la justicia y de una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales”. En dicha sentencia se destaca el voto razonado del juez García Ramírez, quien señaló que si bien en el caso concreto la Corte se refirió al “control convencional”, teniendo a la vista la “aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana”, equivalente función se despliega, por idénticas razones, en lo tocante a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del “ius cogens” convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado (Amaya, Jorge Alejandro, op. cit. pp. 388-367), como sería el caso de la Convención de Belém do Pará para la erradicación de la Violencia contra la Mujer;

16°. Que, en palabras de García Ramírez, “de lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos”. De ello no se concluye que el control de convencionalidad implique necesariamente expulsar normas contrarias al ius cogens convencional de los derechos humanos, sino que supone realizar una interpretación en la aplicación de las normas que permitan cumplir con las obligaciones internacionales que han adoptado los Estados;

17°. Que el Instituto Nacional de Derechos Humanos, en su Informe anual 2018, concluye que frente al tema de la violencia hacia las mujeres rurales e indígenas rurales resulta central analizar el deber del Estado frente a esta materia, en este sentido, indica que la Convención Belém do Pará exige a los Estados dar especial atención a la “situación de vulnerabilidad a la violencia que puedan sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica [...]” (artículo 9). Estos estándares determinan que, en los casos de violencia contra las mujeres indígenas, el acceso a la justicia implica, por una parte, el acceso a la justicia del Estado y por otra, el reconocimiento de las normas de justicia indígena, sobre la condición sine qua non que ambos sistemas deben ser compatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Sin embargo, en 2011 el INDH planteaba las dificultades de interpretación de los derechos de las mujeres indígenas a la luz del Convenio 169 de la OIT, pues configuran un escenario complejo de acceso a la justicia en situaciones de violencia intrafamiliar. Para el Instituto, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas no puede dar lugar a relativizar la violación a los derechos humanos que constituye la violencia contra las mujeres, sea cuales fueran los contextos culturales en que esta se produce (Instituto Nacional de Derechos Humanos, Informe Anual, pp. 35-37);”

Adicionalmente, agregó que:

39°. Que es del caso que efectivamente resulta discriminatorio y desproporcionado la aplicación de penas en los términos de los artículos 13 y 14, de la Ley N° 16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua atendido a que la configuración por un lado de un estatuto legal que beneficia al imputado se contradice con el sistema interamericano de derechos humanos, en especial con la denominada Convención de Belem do Pará o también conocida como Convención Interamericana sobre la Violencia contra la Mujer, la cual fija dos parámetros esenciales que generan antinomia con los preceptos cuestionados en estos autos. El derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación y el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación (artículos 1°, 5°, 6° y 7° de la Convención). Dicho estatuto debe complementarse con la Convención sobre Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), ratificada por Chile el 7 de diciembre de 1989 y aprobada por Decreto N° 789, del Ministerio de Relaciones Exteriores el 9 de diciembre de 1989.

El criterio de proporcionalidad en sentido estricto, establece la regla básica de la ponderación que permite solución de situaciones en las cuales, por una parte, encontramos un beneficio marginal de interés público o de otro derecho fundamental, y, por la otra encontramos una vulneración marginal causada al derecho. La ponderación debe resolver el conflicto en base al rango constitucional que se deriva protegiendo derechos fundamentales de otros, tal como sucede en el presupuesto de facto en autos, donde por aplicación del artículo 5°, inciso segundo, primará el deber de los órganos del Estado respetar los derechos esenciales que afectan a la víctima en este caso, los cuáles primarán sobre la norma infraconstitucional de la Ley 16.441 objetada en esta causa;

Además, puede servir el voto concurrente del Ministro señor Rodrigo Pica Flores, en que agregó lo siguiente:

22°. De esta forma, en el caso sublite es posible verificar que la discriminación se consolida por el hecho de tratarse de mujeres, de una etnia indígena y en consideración al lugar en el cual se encuentran emplazadas (en este sentido ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C N° 215, 30 de agosto de 2010, parr. 185), discriminación que no es racional, objetiva ni proporcionada y, por tanto, no es admitida por nuestro Ordenamiento Jurídico (en este sentido ver a Aguilar Cavallo, Gonzalo. (2019). El control de convencionalidad y la prohibición de la discriminación en Chile. Opinión <https://dx.doi.org/10.22395/ojum.v18n36a3>).

Finalmente, también hubo tres votos concurrentes que fueron de acoger el requerimiento, pero que no citaron ninguna norma de tratado internacional. Fue el caso de los ministros señores Iván Aróstica

Maldonado, Cristián Letelier Aguilar y José Ignacio Vásquez Márquez, teniendo presente principalmente estaríamos ante preceptos legales que concedan un “privilegio”, como se sigue:

1°. Que, el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República expresa que “En Chile no hay persona ni grupo privilegiados”, prohibiendo con ello cualquier especie de ventaja en favor de alguna persona o conjunto de ellas. No puede ni el legislador ni autoridad alguna crear reglas o situaciones que establezcan circunstancias más favorables en beneficio de uno o varios sujetos;

2°. Que, el legislador de los años sesenta, al dictar la Ley N° 16.441 que “Crea el Departamento de Isla de Pascua” instauró un privilegio en materia penal respecto de los chilenos, naturales de Isla de Pascua que cometan delitos contra la propiedad o de índole sexual. Privilegio que contempla un doble aspecto, uno dice relación con la determinación de la pena, en que el juez penal deberá imponer al culpable de algún delito de las especies señaladas, la pena inferior en un grado al mínimo de la sanción asignada al tipo penal. El otro privilegio consiste en la modalidad de cumplimiento de la pena, en que se faculta al tribunal para que disponga que, los dos tercios de la misma, se lleve a efecto fuera de un establecimiento penitenciario;

3°. Que, el vocablo “no hay” constituye “un mandato prohibitivo, pues impide que haya privilegios. Con el verbo en presente, se le da carácter atemporal, en el sentido que no hubo ni habrá, ni existe en el presente. No se pueden invocar, por tanto, privilegios históricos. También es un mandato para que siempre, de manera permanente, el Estado debe velar por esta obligación. Por lo mismo, debe ponerles término apenas se constaten” (STC Rol N° 2386 voto disidente c.4);

4°. Que, una diferencia es una cosa distinta a un privilegio, por eso, el legislador puede dictar normas legales diferentes que se apliquen a una determinada agrupación de personas, pero que no puede conllevar privilegios, normas que, además, deben estar justificadas razonablemente. La misma Constitución contiene disposiciones que regulan situaciones aplicables solo a parte del territorio nacional. Es el caso del artículo 126 bis, que, precisamente declara como territorios especiales a Isla de Pascua y al Archipiélago Juan Fernández, por lo cual el gobierno y administración de estas zonas geográficas están sujetas a estatutos particulares, y la libertad personal de toda persona, que asegura el artículo 19 N°7 constitucional se regula conforme a una ley de quórum calificado (en el caso de Isla de Pascua corresponde a la ley N°21.070);

5°. Que, la historia de la Ley N°16.441 no aclara el fundamento del privilegio establecido en los artículos 13 y 14 en los términos que se han señalado en el requerimiento de estos autos constitucionales. En la discusión parla-

mentaria de la época no se debatió el asunto controvertido constitucionalmente por lo que, al respecto, no se puede dilucidar los motivos que tuvo el legislador para consagrar el privilegio referido.

III. Control de convencionalidad y la competencia de los Tribunales Ordinarios y Especiales de Justicia

1. En funciones conservadoras

1.1. *En acciones o recursos de protección*

La competencia en funciones conservadoras, a propósito de la acción o recurso de protección, está íntimamente ligada a lo preceptuado en el artículo 20 de la CPR y en relación con los numerales pertinentes del artículo 19 a los que hace alusión. El modelo constitucional que se sigue es similar al de España, en que la Constitución, a propósito del recurso de amparo español (nuestro similar a la acción o recurso de protección),⁵³ considera solo algunos derechos y otros los excluye, o más bien, genera envíos a la legislación de desarrollo. Así, es preciso tener a la vista el artículo 53.2 y 53.3 de la Constitución española:

53.2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

53.3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Lo anterior, especialmente para el sistema interamericano, va en línea con el Pacto de San José de Costa Rica, a propósito del artículo 26, relativo a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), que es preciso citar:

⁵³ Distinto es el caso de las acciones de tutela en las Constituciones de Bolivia, Colombia, Ecuador, que no distinguen al respecto, a diferencia de lo que ocurre en el caso de Chile y España.

CAPÍTULO III DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 26. Desarrollo Progresivo

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Ello determina el campo de acción de la judicatura en sede de protección para el caso chileno. Es decir, respecto de qué derechos y/o libertades fundamentales se tiene competencia, o bien si corresponde al legislador determinar el alcance o desarrollo que ha logrado un derecho, especialmente en los derechos económicos, sociales y culturales.

Con todo, en la base de jurisprudencia del Poder Judicial, revisando con el descriptor “convencionalidad” en recursos de protección en Corte Suprema, aparecen 14 sentencias (a diciembre de 2024). En adelante, se observan los considerandos clave para tener a la vista en relación con el objeto de estudio. Se presentan en orden cronológico para una mejor comprensión del desarrollo jurisprudencial. Así, comenzamos con la revisión de sentencia de 2013, autos rol 12.418-2013 de la Corte Suprema,⁵⁴ como sigue:

7.- Que el actuar ilegal de la autoridad afecta también la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política, en términos que conculca el derecho a la igualdad ante la ley al no respetar normas que son protectoras para las mujeres que gozan de fuero maternal y que privilegian la relación directa madre-hijo que la legislación hace obligatoria en los primeros meses de vida, atendida su necesidad para el adecuado desarrollo de los niños, por lo que la autoridad no pudo poner término de manera anticipada y debió respetar el fuero de la actora en el mes de suplencia que aún estaba pendiente.

8.- Que el control de convencionalidad obliga a los tribunales nacionales a aplicar e interpretar las normas internas, en la forma en que mejor se cumplan los objetivos y finalidades de las disposiciones internacionales, con el objeto de cubrir con el manto de protección a todas las personas y en todos sus derechos, profundizando las consecuencias que de tales normas resultan especialmente beneficios para personas en condición de vulnerabi-

54 Corte Suprema, rol 12.410-2013, 2013.

lidad, única forma de no comprometer la responsabilidad internacional del Estado por las decisiones de sus tribunales.

Sigue la sentencia de 15 de mayo de 2017, autos Rol 120-2017, de la Corte Suprema,⁵⁵ en línea similar al anterior caso, aunque con un voto en contra, principalmente relativo al tipo de procedimiento, en que se resolvió lo siguiente:

Décimo: Que el actuar ilegal de la autoridad afecta también la garantía constitucional contemplada en el artículo 19, N° 2° de la Carta Magna, en términos que transgrede el derecho a la igualdad ante la ley, al no respetar cánones que son protectores para las mujeres que gozan de fuero maternal y que privilegian la relación directa madre-hijo que la legislación hace obligatoria durante los meses iniciales de vida, frente a su necesidad para el adecuado desarrollo de los niños, por lo que la autoridad debió acatar el fuero de la actora.

Undécimo: Que el control de convencionalidad obliga a los tribunales nacionales a adaptar y entender la normativa interna, en la forma en que mejor se cumplan los objetivos y finalidades de la preceptiva internacionales ratificada por la nación, con la finalidad de cubrir con el manto de resguardo a todos los habitantes y en todos sus derechos, para profundizar los colofones que de aquélla resultan especialmente favorables para sujetos en condición de vulnerabilidad, única manera de no comprometer la responsabilidad internacional del Estado por las decisiones de sus tribunales.

Por estas consideraciones y lo prevenido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se revoca la sentencia apelada de veintidós de diciembre recién pasado y, en su lugar, se declara que se acoge el recurso de protección promovido por doña XYZ, de suerte que deberá el ente recurrido renovar la contrata que lo vincula con la actora, con el pago de las remuneraciones devengadas.

Acordada con el voto en contra del abogado integrante señor Rodríguez, quien estuvo por confirmar el fallo en alzada, teniendo únicamente presente para ello que la acción constitucional de protección entablada no es la vía idónea para conocer y resolver los planteamientos materia del recurso formalizado en autos, ya que nuestro régimen legal establece los procedimientos adecuados, con arreglo a los cuales se debe accionar para tales efectos.

El siguiente caso, se contempla en la base de datos más bien por coincidir el descriptor de control de convencionalidad con un trabajo académico, a propósito del bloque de constitucionalidad, la dignidad humana y el principio *pro homine*. De todas formas, vale tener a la vista el

55 Corte Suprema, rol 120-2017, 2017.

siguiente considerando de la sentencia de 22 de mayo de 2018, autos Rol 450-2018, de la Corte Suprema,⁵⁶ especialmente por la interpretación de las normas constitucionales, como sigue (recordemos que el concepto “imagen”, no está explicitado en la Constitución Política, pero se considera a propósito del 19 número 4):

Decimotercero: Que, respecto del derecho a la imagen, al estar esta última íntimamente asociada a las condiciones físicas de una persona, debe entenderse que está comprendida dentro de la categoría de los datos sensibles y dado que existe una limitación a las posibilidades de utilización de los mismos establecida en la ley por cuanto pertenecen al ámbito de la intimidad, dicha limitación ha de aplicarse tanto a las empresas y sus operadores como a las personas naturales.

En efecto, dado que la doctrina entiende que la intimidad está íntimamente relacionada con la dignidad de las personas (por ejemplo, González Pérez, Jesús. *La dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional*; Nogueira Alcalá, Humberto. Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad), los datos que pertenecen a dicho ámbito constituyen un límite al ejercicio del derecho a la información y a la libertad de expresión (Cea Egaña, op. cit.) en virtud del principio *pro homine*, que ha de guiar la interpretación de las normas constitucionales (Oehling De los Reyes, Alberto. *El concepto constitucional de dignidad de la persona. Forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental*).

En una lógica similar al caso anterior, se ha estimado el concepto de control de convencionalidad a propósito del denominado método de ponderación de la teoría de Robert Alexy, como se ve en la sentencia de 6 de mayo de 2020, autos Rol 1.546, de la Corte Suprema:⁵⁷

c) En tercer lugar, por cuanto estima que en el caso sub judice se está en presencia de un conflicto de principios antes que de reglas. Así las cosas, y ciñéndose a la teoría de Robert Alexy en orden a concebir a los principios como mandatos de optimización, la colisión entre principios supone que el juzgador debe realizar un control de convencionalidad sobre la base del denominado método de ponderación.

El siguiente caso es de interés, puesto que en ocasiones se invoca por los recurrentes el control de convencionalidad, pero la Corte lo ha desestimado como mecanismo, por cierto, según sea el caso concreto. En el que se presenta, sí se reconocía un determinado derecho, de manera

⁵⁶ Corte Suprema, rol 450-2018, 2018.

⁵⁷ Corte Suprema, rol 1.546-2020, 2020.

que no había disconformidad en el derecho interno con el derecho internacional. Así, se explicita en la sentencia de 3 de julio de 2020, autos Rol 14.916-2020, de la Corte Suprema,⁵⁸ como sigue:

Décimo cuarto: Que, de la manera en que se reflexiona, aparece que no se está en presencia de un caso en que esta Corte deba realizar un control de convencionalidad conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las prácticas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y al articulado de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues —como se dijo— el Estado no desconoce el derecho a la nacionalidad y a la identidad de la recurrente, tratándose, en consecuencia, de un asunto de carácter interno que debe ser resuelto conforme a las reglas y principios que contempla el ordenamiento jurídico.

Décimo quinto: Que, por todo lo razonado, el recurso de protección no puede ser acogido, sin perjuicio del derecho de la recurrente de impetrar las acciones que estime pertinentes.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se revoca la sentencia apelada de veinticuatro de enero de dos mil veinte y, en su lugar, se rechaza el recurso de protección deducido por doña XYZ en contra del Servicio de Registro e Identificación, sin perjuicio de otros derechos.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Llanos, quien estuvo por confirmar la sentencia en alzada en virtud de sus propios fundamentos.

El siguiente caso también es de interés, puesto que desarrolla en varios considerandos el concepto de control de convencionalidad, más allá del resultado del recurso. En efecto, la sentencia de 20 de julio de 2020, autos Rol 33.316-2019, de la Corte Suprema,⁵⁹ fundamentó lo siguiente:

Decimoséptimo: Que, en lo referido al control de convencionalidad, en la apelación se cita como fundamento de su pretensión el fallo de la CIDH en el caso *Gutiérrez v. Chile* (SCIDH de 26 de septiembre de 2006), en el cual se sostuvo que “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras,

58 Corte Suprema, rol 14.916-2020, 2020.

59 Corte Suprema, rol 33.316-2019, 2020.

el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (parágrafo 124).

Decimoctavo: Que, según lo expone la propia apelante, el control de convencionalidad consiste en: a) verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la Comisión Americana de Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los demás Tratados Interamericanos de los cuales el Estado sea parte; b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias; c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no solo se debe tomar en consideración el Tratado, sino que también la jurisprudencia de la CIDH y los demás Tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; d) Es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública; y e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH, o bien, su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública (“Control de Convencionalidad”. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7, consultado en [http:// www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf), p. 4).

Decimonoveno: Que, así planteado el asunto, la alegación no puede ser acogida, toda vez que el control de convencionalidad presupone atender a la jurisprudencia e interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, resulta discutible asignarle el carácter de jurisprudencia a la Opinión Consultiva N° 24/17 por las razones ya latamente expuestas en los motivos que preceden, a diferencia del modelo europeo donde el Tribunal de Estrasburgo ha conocido de diversos casos sobre la materia, según se asentó en el basamento decimoquinto de este fallo. En esta dirección, en el caso *Zahid v. Chile* (sentencia de 27 de febrero de 2012) la Corte Interamericana reconoció expresamente que la legislación, en sí misma, no era discriminatoria y por ello desestimó la pretensión de obligar al Estado a reformar su legislación interna (en esa materia), porque “los representantes no aportaron elementos suficientes que permitan inferir que las violaciones se hayan derivado de un problema de las leyes en sí mismas” (párrafo 280), aunque desde luego aclaró que los Tribunales están obligados por la Convención Americana de Derechos Humanos y la interpretación que de ella hace la CIDH. Sin embargo, como tantas veces se ha repetido, el Estado ha enviado al Parlamento dos proyectos de ley que inciden en la materia dando cumplimiento al mandato impuesto por la Corte Interamericana, en relación con el artículo 2° de la Convención. Es necesario subrayar que esta Corte no discute que la CIDH resulta ser el intérprete último de la

Convención Americana y, en general, del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Lo que se cuestiona es que una Opinión Consultiva pueda tener los efectos que las recurrentes creen ver, más aún si el Estado ha adoptado las medidas internas necesarias para dar estricto cumplimiento a los artículos 11 N° 2, 17, 19 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Vigésimo: Que, por la misma razón, no se estima vulnerado en la especie el artículo 2.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, conforme se asevera en el recurso de apelación, ni tampoco su artículo 8 (derecho a la identidad), pues precisamente ha sido la consideración del interés superior del niño, niña o adolescente el fundamento central del proyecto de ley que establece la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo. Todavía más, la Ley N° 21.120 sobre identidad de género, resulta aplicable a las personas menores de edad, permitiéndoles rectificar su partida de nacimiento, incluyendo el cambio de nombre y sexo registral para todos los efectos legales, siempre que se trate de menores de 18 y mayores de 14 años.

Vigésimo primero: Que, por todo lo razonado, el recurso de apelación deducido no puede prosperar. Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se confirma la sentencia apelada de siete de octubre de dos mil diecinueve.

El siguiente caso de interesante en relación con el denominado control de convencionalidad, porque la sentencia, en lo pertinente, fundamenta determinando “jerarquía normativa”, además de integrar una serie de normativa constitucional y de tratados internacionales ratificados por Chile. Así, se explicita en la sentencia de 2021, autos rol 76117-2021, de la Corte Suprema,⁶⁰ como sigue:

Décimo: Que, de la manera en que se reflexiona, por razones de jerarquía normativa, de control de convencionalidad y en cumplimiento del deber de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales que al Estado imponen la Convención de Ginebra, la Convención Americana de Derechos Humanos, y el artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República, se debe concluir que tales preceptos y principios han de prevalecer frente a los artículos 6° de la Ley N° 20.430, y 8 y 32, inciso final, de su Reglamento. En consecuencia, aun cuando la orden de expulsión de la recurrente es anterior a la respectiva solicitud de refugio y se encuentran vigente, se debe preferir la aplicación de las disposiciones de rango constitucional, que propenden a la no devolución de la ciudadana extranjera que ha solicitado refugio conforme al ordenamiento jurídico.

60 Corte Suprema, rol 76117-2021, 2021.

Undécimo: Que, por todo lo razonado, se acogerá el recurso en la forma que se dirá en lo resolutive. Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo prevenido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se revoca, la sentencia de trece de septiembre de dos mil veintiuno y, en su lugar, se acoge el recurso de protección deducido y en consecuencia se ordena que al Departamento de Migración y Extranjería del Ministerio del Interior y Seguridad Pública admitir a tramitación la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado de la actora, conforme al procedimiento establecido en la Ley N° 20.430 dentro del plazo de 5 días de ejecutoriada la presente sentencia. Regístrese y devuélvase.

En similar sentido encontramos los siguientes roles de acuerdo con la base de datos del Poder Judicial, roles de la Corte Suprema: 69492-2021, 131078-2020, 131056-2020, 129433-2020, todos anonimizados.

Finalmente, se recurre a propósito del artículo 19 numeral 24 de la CPR, en que uno de los puntos de desarrollo fue el control de convencionalidad. Así, es de interés tener a la vista la sentencia de 2022, autos rol 7130-2022, de la Corte Suprema,⁶¹ como sigue:

Tercero: Que corresponde a esta Corte analizar si el acto que niega la indemnización alegada, vulnera el derecho contenido en el artículo 19 número 24 de la Constitución, de acuerdo a las alegaciones de la recurrente.

El presente caso plantea la figura jurídica de la interacción del Derecho Internacional Público con el derecho interno. En la especie, se trata de una sentencia dictada por una jurisdicción internacional, a la que el Estado de Chile se encuentra sometida, invocada por los recurrentes. En este punto es necesario señalar primero que los estados, de acuerdo con Derecho Internacional Público, se vinculan jurídicamente existiendo consentimiento de por medio. En el caso de la jurisdicción internacional, éste consentimiento existe, por regla general, mediante el reconocimiento y sometimiento del estado a la competencia del tribunal respectivo, el que podrá entonces conocer de casos por eventuales violaciones al derecho internacional que se encuentren bajo su jurisdicción. La sentencia que emane de ese procedimiento judicial internacional se configura como una fuente formal del Derecho Internacional, de acuerdo al artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que dispone: La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido. De acuerdo a la doctrina mayoritaria esta disposición es aplicable a todo órgano que ejerza jurisdicción internacional. Siendo las sentencias del órgano jurisdiccional, para otros casos, elementos auxiliares para la interpretación de las normas internacionales, de acuerdo lo señala el artículo 38 del mismo tratado: 1. La

61 Corte Suprema, rol 7130-2022, 2022.

Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: (...) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59. Es por tanto, una sentencia internacional dictada contra un estado una fuente formal vinculante jurídicamente y genera la obligación de cumplimiento de lo resuelto, en ese caso concreto en que se pronuncia.

La Convención Interamericana de Derechos Humanos, marco jurídico principal en el que se enmarca la alegación de los recurrente, señala en su artículo 62.3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial. Este artículo expresa, de manera diversa pero en el mismo sentido que los artículos 38 y 59 del señalado Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que las sentencias emanadas de los casos sometidos a la Corte, resuelven el caso concreto específico sometido a la Corte, y los estados contra los que se dictan deben por consiguiente, al ser una sentencia, cumplirla atendido su carácter de fuente formal particular.

Cuarto: Ahora bien, las sentencias internacionales, a pesar de su efecto particular, como fuentes formales particulares para los estados involucrados en el juicio y para el caso concreto, tienen además 2 efectos extensivos adicionales. El primero y común para el ámbito del Derecho Internacional general y de los Derechos Humanos, es de ser un elemento auxiliar para la interpretación y desarrollo del Derecho internacional. Esto recogido expresamente en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia ya mencionado, es aplicable también a la jurisdicción internacional de los derechos Humanos. Una sentencia es siempre un elemento que ilumina e ilustra la interpretación de una obligación convencional en un caso distinto al que se pronuncia. La acción jurisdiccional enriquece progresivamente la comprensión de los derechos. Esto es especialmente relevante en el caso de los derechos humanos, donde el mínimo común de contenido de la norma internacional, va llenándose de elementos que configuran la esencia de la norma. Esto con el debido respeto y deferencia a las naturales diferencias en torno a la comprensión de aristas discutibles de los derechos.

El segundo efecto extensivo y especial para el caso de la jurisdicción interamericana, es el de ser una fuente formal, si bien para el caso concreto, también lo es para los casos con igual sustrato factual y en contra del mismo estado. Si bien este efecto no está declarado expresamente en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, no puede ser de otra forma, toda vez que existiendo iguales elementos de hecho y mecanismos jurídicos internos desplegados, a otro ya conocido por la Corte Interamericana, y contra el

mismo estado, éste no puede sino ver reflejada esa sentencia y una eventual futura dictación de otra, en los casos nuevos que se presenten. Esto significa que si un estado ha sido declarado culpable de violar la Convención debe, a casos iguales, aplicar el mismo criterio de la sentencia ya dictada.

Siendo así las cosas, en un caso donde otras personas se vean afectadas por la existencia de los mismos hechos y sean aplicables las mismas normas, el estado debe recoger la sentencia y aplicarla a esos nuevos eventos. Evitando de este modo una futura declaración de responsabilidad internacional.

Precisamente, en este sentido ha tenido la oportunidad de emitir opinión la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Almonacid con Chile*, en el cual expuso que sus sentencias incrementan el corpus iuris interamericano al cual están ligados los estados del sistema, señalando La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Quinto: Sin perjuicio de lo señalado, en el presente caso, los recurrentes no se encuentran en la misma situación que aquellos que obtuvieron sentencia condenatoria en contra del Estado en el caso reclamado ante la Corte Interamericana. La diferencia, esencial, es la no existencia de una norma concreta, sentencia o procedimiento declaratorio, en el orden interno, que los señale inequívocamente, como acreedores de la llamada deuda histórica. No hay por tanto derecho indubitado que los sitúe en el mismo contexto de hecho y derecho indubitado, que los que obtuvieron ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los recurrentes no se encuentran en la misma situación, siendo entonces imposible definir si corresponde o no el reconocimiento de dicha deuda, y por ende aplicación del criterio jurídico utilizado por la Corte Interamericana. Eso no obsta a que una vez determinado en el ámbito interno que son beneficiarios a la luz de esa figura y declarado así en un procedimiento apto para esos efectos, el Estado deba aplicar el mismo razonamiento de la Corte Interamericana en el caso referido por los recurrentes, actuando así de buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, otorgan-

do el derecho que de acuerdo a la norma y resultados del proceso interno, correspondan.

Por estas consideraciones y de conformidad, igualmente, con lo previsto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se confirma la sentencia apelada de quince de febrero de dos mil veintidós dictada por la Corte de Apelaciones de La Serena.

1.2. En acciones o recursos de amparo

La competencia en funciones conservadoras, a propósito de la acción o recurso de amparo, está íntimamente ligada a lo preceptuado en el artículo 21 de la CPR en relación con el numeral 7 del artículo 19 del mismo texto. En dicha normativa encontramos, en parte, la acción conocida como *habeas corpus*, usualmente ligado a su origen en la Carta Magna de Inglaterra de 1215, aunque también existen antecedentes de ella en el Derecho Romano. Así, la doctrina⁶² ha sostenido que:

Aunque el *habeas corpus* como acción o remedio en la forma y desarrollo con que existe hoy como institución no existió en Roma, las palabras latinas con que se le denomina denotan que su origen proviene del Derecho Romano. En la época de los Pretores y con el nombre de “*Interdicto*” ya era designado en las Pandectas bajo el título de *Homine libero exhibendo* y los compiladores de dicho cuerpo legal romano transcribían un comentario del jurisconsulto Ulpiano, que decía: Este remedio se ha instituido para proteger la libertad personal a fin de que ninguna persona libre natural fuere detenida.

Sin embargo, para el caso de Chile, el recurso o acción de amparo va mucho más allá que el *habeas corpus*, digamos clásico u original, dado que el numeral 7 del artículo 19 contempla una serie de garantías para hacer efectivo el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. Lo anterior queda expresamente determinado en el inciso tercero del artículo 21 de la CPR, como sigue:

El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

62 Valarezo y otros (2019: 470-478).

De ahí, por ejemplo, que la acción no se agota solo a detenciones irregulares en materia penal. No obstante, la irrupción de la reforma procesal penal —con mecanismos, por ejemplo, como la audiencia de control de detención, que en la práctica es como si fuese un amparo automático, así como el amparo ante el juez de garantía, entre otros—, han reducido su manifestación en sede penal.

En los apartados de los siguientes capítulos se revisarán casos de acuerdo con materias concretas relativas a amparo. En este pasaje del texto, considerando el objetivo del presente trabajo, se revisará la jurisprudencia más notoria en relación con recurso o acción de amparo y control de convencionalidad.

En efecto, el artículo 7.7 de la CADH consagra expresamente que “Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”. Como se ve, es una norma prohibitiva, que no admite excepciones salvo a propósito de deberes alimentarios. De manera que, si hubiese una norma que considere arresto, detención, etc. por deuda (sin encontrarse en la excepción), iría directamente en contra del artículo 7.7. del Pacto de San José. No obstante, no siempre existe unanimidad en la materia.

Así, se presenta un recurso de amparo en contra del Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago y de la Policía de Investigaciones de Chile. Se reclama sobre la dictación y mantención en vigencia de la resolución del tribunal, en la cual se dispuso orden de arresto y arraigo en contra del eventual afectado, con motivo al impago de obligaciones previsionales.

El amparo es rechazado en primera instancia por la Ilustrísima Corte de Apelaciones, y se acoge en segunda instancia, por la Excelentísima Corte Suprema. Se establece por el máximo tribunal que no puede equipararse la obligación de pago de cotizaciones a deberes alimenticios. Así, teniendo presente que el artículo 7 número 7 del Pacto de San José de Costa Rica, “nadie será detenido por deuda. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de los deberes alimentarios”, contiene una regla general, no constituyéndose en la excepción el caso, procede dejar en libertad al afecto.

Sin embargo, la sentencia fue acordada contra el voto de dos Ministros, confirmando por los propios fundamentos de la resolución apelada. Ello, pues la orden de arresto reclamada ha sido expedida por autoridad facultada por la ley para hacerlo, en uno de los casos previstos en la

ley, con sujeción a las formalidades que la misma establece, y habiendo mérito bastante que la justifica (se desprende que subsiste una deuda por cotizaciones previsionales a pagar por el amparado, y no habría certeza de que éstas hayan sido pagadas totalmente a la fecha) debe desestimarse el amparo.

El caso descrito lo encontramos principalmente en la sentencia de autos rol 15.023-2018, de la Corte Suprema,⁶³ en que destacan los siguientes considerandos:

2º) Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7º N° 7 del Pacto de San José de Costa Rica, “Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de los deberes alimentarios”. Sin embargo, la obligación de pago de cotizaciones no puede equipararse a los “deberes alimentarios”, toda vez que éstos suponen el estado de necesidad del alimentario demostrado en el juicio respectivo, lo que ciertamente no sucede en la especie.

En cuanto al considerando de primera instancia, de la Ilustrísima Corte de Apelaciones, reproducida por el voto minoritario de segunda instancia, se había determinado que:

CONSIDERANDO SÉPTIMO: Que, en consecuencia de lo anterior y a mayor abundamiento, la orden de arresto de que aquí se reclama ha sido expedida por autoridad facultada por la ley para hacerlo, en uno de los casos previstos en la ley, con sujeción a las formalidades que la misma establece, y habiendo mérito bastante que la justifica, de modo que, no concurriendo los presupuestos establecidos en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, el amparo deducido será desestimado.

2. En justicia ordinaria y especial

En principio, esta circunstancia se encuentra un poco más alejada si es comparada con el ejercicio de las funciones conservadoras, especialmente si estas últimas están íntimamente ligadas a derechos y libertades fundamentales, como se ha visto. Así, será necesario revisar la materia, el procedimiento o los bienes involucrados, además de presentar un requerimiento de inaplicabilidad al Tribunal Constitucional. De lo contrario, existe el riesgo de dejar sin aplicación una ley vigente de la República. Sin embargo, sin que sea taxativa la enunciación, existen materias y procedimientos en que se hace alusión expresa a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Así,

63 Corte Suprema, rol 15023-2018, 2018.

por ejemplo, es una causal de nulidad lo preceptuado en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal:

Artículo 373.- Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad total o solo la parcial del juicio oral y de la sentencia, si el vicio hubiere generado efectos que son divisibles y subsanables por separado solo respecto de determinados delitos o recurrentes:

a) Cuando, en la cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, y...

Asimismo, la sentencia definitiva en materia laboral de contener, según dispone el artículo 459 del Código del Trabajo, lo siguiente:

(...) 5.- Los preceptos constitucionales, legales o los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, las consideraciones jurídicas y los principios de derecho o de equidad en que el fallo se funda;

Por otro lado, en materia civil, encontramos casos donde se intenta aplicar la prescripción a propósito de indemnizaciones con ocasión de delitos o crímenes cometidos durante la dictadura militar por parte de agentes del Estado. En estos casos, el asunto estriba en si se deben aplicar las normas de prescripción, generales y vigentes hoy en día, o no aplicarlas, dada las circunstancias especiales del caso.

Al respecto, podemos señalar preliminarmente que es deber de quienes integran el Poder Judicial aplicar la legislación vigente. De esta manera, si dichas normas no han sido derogadas expresamente, haciendo una analogía con el *onus probandi* podríamos afirmar que sería carga de la prueba del juez argumentar el por qué no aplicará una ley vigente. Así, si Chile ha sido condenado por la Corte IDH en un caso idéntico al que se conoce, existe cierto fundamento; de lo contrario, se vuelve más complejo, especialmente si no hay texto expreso del tratado. Se reitera también la alternativa del requerimiento de inaplicabilidad amparándose en algún precepto constitucional que sea contrario al de rango legal.

En efecto, en la doctrina no existe unanimidad, así como tampoco en la jurisprudencia. En adelante, se presentan dos casos similares con criterios jurisprudenciales contrapuestos.

El primer caso se deduce de la sentencia de autos rol 8593-2009, de la Corte Suprema,⁶⁴ como sigue explica a continuación:

64 Corte Suprema, rol 8593-2009, 2012.

Un grupo de mujeres demandan al Fisco de Chile por el pago de una indemnización por el daño moral sufrido. Ellas son la cónyuge e hijas de una persona detenida en el año 1978 en una comisaría de Carabineros, cuando intentaba asilarse en la Embajada de un país extranjero en Chile. En efecto, la persona detenida fue trasladada a la Dirección de Inteligencia del Ejército, permaneciendo desaparecida hasta el presente.

Así, el juez *a quo* rechaza la demanda, acogiendo excepción de prescripción. Ante ello, se presenta un recurso de apelación con el que es acogida la demanda, afirmándose que las conductas acreditadas en autos son imprescriptibles, a la luz de los instrumentos internacionales suscritos, ratificados y vigentes en Chile.

Consecuencia de ello, la excepción de prescripción debe rechazarse. Ante ello, el Fisco presenta un recurso de casación en el fondo.

Se acoge el recurso de casación en el fondo, por lo que se rechaza la demanda. Se establece que en los autos se ha ejercido una acción de contenido patrimonial cuya finalidad es hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado, por lo que cabe aplicar las normas del Código Civil. Asimismo, se señala que no existe norma internacional incorporada a Chile que establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Sin embargo, hubo dos votos en contra. En la disidencia se establece que los jueces de la instancia no han incurrido en error de derecho al no dar aplicación a las normas del Código Civil, sino a las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados por Chile que regulan la responsabilidad estatal. Ello, pues afirmar que las únicas reglas que existen en nuestro país para regular la responsabilidad del Estado son las contenidas en el Código Civil importa negar validez y eficacia a normas jurídicas de carácter constitucional, administrativo e internacional que ya han sido aplicadas por los tribunales en materia de violación de derechos humanos.

El segundo caso se deduce de la sentencia de 2016, autos rol 2.289-2015, de la Corte Suprema.⁶⁵

Se presenta demanda en un Juzgado Civil de Santiago para obtener resarcimiento por daño moral debido a prisión política y tortura a que fueron sometidos.

65 Corte Suprema, rol 2289-2015, 2016.

En primera instancia se acoge parcialmente la demanda, por lo que se condena al Fisco de Chile a indemnizar a los actores, mientras que en alzada se rebajan los montos a resarcir.

Ambas partes presentan recursos de casación en el fondo. Los demandantes para elevar las sumas de dinero a indemnizar, mientras que el demandado para que se acogiera excepción de pago y prescripción.

Se rechazan los recursos interpuestos por ambas partes por la Excelentísima Corte Suprema.

El motivo del rechazo del recurso de casación de los demandantes consiste en que la apreciación pecuniaria del daño moral puede y debe ser asumida prudencialmente por el juez, por lo que no es susceptible de revisión por la vía de la casación en el fondo (Considerando cuarto). Respecto del demandado, se rechaza pues se estima que los agravios fueron producidos a consecuencia de delitos de lesa humanidad, lo que encuentra fundamento en paradigmas generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su consagración normativa en los tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales obligan al Estado a reconocer y proteger este derecho a la reparación completa, en virtud de lo ordenado en los artículos 5, inciso segundo y 6 de la Constitución Política de la República (Considerando séptimo a décimo tercero).

SEGUNDA PARTE

Análisis jurisprudencial temático

I. Fallos de la Corte Interamericana y su aplicación por la judicatura nacional

1. Justicia transicional

Es necesario destacar que el instituto del control de convencionalidad surge a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), en el cual se condena al Estado por la aplicación que habían realizado los tribunales de justicia del Decreto Ley de Amnistía en asuntos sometidos a su jurisdicción que buscaban la investigación, condena y sanción de quienes violaron los derechos humanos durante el régimen militar, hechos calificados como crímenes de lesa humanidad.

Por tanto, se resuelve que los tribunales chilenos habían vulnerado las garantías judiciales, reconocidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al aplicar la institución de la amnistía en casos en los que ésta no debe aplicarse por tratarse de crímenes de guerra y lesa humanidad, respecto de los cuales, desde los tribunales de Núremberg y de Tokio, se ha ido configurando el principio estructural del Derecho Internacional Humanitario de la no amnistiabilidad de este tipo de conductas, criterio jurídico que prevalece respecto de las leyes internas de los estados, ya que vulnera el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados al desconocer esta norma de *ius cogens* internacional respaldándose en la aplicación de norma interna.

Luego, la temática en la cual surge la teoría del control de convencionalidad no es baladí, es un nuevo campo multidisciplinario, la denominada *justicia transicional*, enfoque que surge a fines de los años 80 y principios de los 90, principalmente como respuesta a cambios políticos y demandas de justicia en América Latina y en Europa oriental. En ese momento, se deseaba hacer frente a los abusos sistemáticos de los regímenes anteriores, pero sin poner en peligro las transformaciones políticas en marcha, cambios que fueron popularmente conocidos como “transiciones a la democracia”. La justicia transicional no es una forma

especial de justicia, sino una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un período de violación sistemática o generalizada de los derechos humanos. En algunos casos, estas transformaciones suceden de un momento a otro; en otros, pueden tener lugar después de muchas décadas. Su objetivo es reconocer a las víctimas y promover iniciativas de paz, reconciliación y democracia.⁶⁶

Estas graves violaciones de derechos humanos cometidas en contexto de conflictos armados, dictaduras militares u otros regímenes opresivos o violatorios de los derechos humanos, incluyen violaciones a la vida y a la integridad personal como las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas y la tortura, así como la violencia de género y sexual como vulneración agravada enfrentada en forma sistemática y diferencial por mujeres y niñas.⁶⁷

Los pilares básicos de esta justicia transicional son la justicia, la verdad, la reparación, la memorialización y las garantías de no repetición.⁶⁸ La Relatoría Especial sobre verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición de las Naciones Unidas —cuyo primer mandato data de 2011—,⁶⁹ en Informe sobre estándares jurídicos internacionales que sustentan los pilares de la justicia transicional de 2023 (A/HRC/54/24) se analizan todas las fuentes del derecho internacional y presenta una sistematización exhaustiva de los estándares que contienen en esta materia y combina los principales conceptos, reglas y deberes que sustentan cada pilar, incluidos los que no se mencionan expresamente en tratados internacionales, pero se derivan de ellos, de la jurisprudencia de

66 Centro Internacional para la Justicia Transicional (2009: 1).

67 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2021: 9).

68 Centro Internacional para la Justicia Transicional (2009: 1).

Estos se han ido configurando en un proceso de evolución de décadas, y han ido quedando recogidos en diversas fuentes normativas en el ámbito universal, destacando como las más relevantes, las siguientes: Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005); Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (Asamblea General, Resolución 60/147, 16 de diciembre de 2005); Resolución 12/11 sobre derechos humanos y justicia de transición, y 12/12 sobre derecho a la verdad (Consejo de Derechos Humanos, 1 de octubre de 2009).

69 Resolución del Consejo de Derechos Humanos A/HRC/RES/18/7.

tribunales internacionales y regionales, de fuentes de derecho indicativo ampliamente respetadas y de la práctica de los Estados.⁷⁰

Luego, si los tribunales chilenos aplican en estos casos los principios propios del derecho internacional humanitario y desplazan las normas internas que están en conflicto, cumpliendo con el criterio que funda la resolución de las sentencias condenatorias en contra de Chile en la jurisdicción interamericana, lo que hace el Estado chileno es dar garantías de no repetición.⁷¹

A continuación, revisamos el criterio jurisprudencial de la Corte Interamericana en diversas temáticas de justicia transicional y cuál ha sido su aplicación por los tribunales chilenos.

1.1. *Uso o inaplicabilidad de la justicia militar*

En el caso *Palamara vs. Chile* (2005), se declara la responsabilidad de Estado de Chile por la vulneración de derechos acaecida durante la dictadura militar. Entre otros aspectos, se resuelve que Chile debe modificar la normativa interna relacionada con la jurisdicción penal militar.

El Estado debe adecuar, en un plazo razonable, el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, de forma tal que en caso de que considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares. El Estado debe garantizar el debido proceso en la jurisdicción penal militar y la protección judicial respecto de las actuaciones de las autoridades militares.⁷²

Así, ordena modificar las siguientes materias: la competencia material y personal de los tribunales militares; su estructura y organiza-

70 Relatoría Especial sobre verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición de las Naciones Unidas, 2023, Informe sobre estándares jurídicos internacionales que sustentan los pilares de la justicia transicional, Documento de la ONU A/HRC/54/24.

71 En efecto, como aseveran Henríquez y Núñez (2024: 137), el control de convencionalidad aumenta la relevancia de los actores nacionales en la protección de los derechos humanos.

72 Caso *Palamara vs. Chile*, Corte IDH, serie C 135, 2005, puntos resolutivos décimo cuarto y décimo quinto.

ción, pues comprometen la independencia e imparcialidad del juzgador; y el procedimiento penal militar, pues vulnera garantías procesales fundamentales.⁷³

A juicio de la Corte Interamericana, la jurisdicción penal militar chilena es amplísima en cuanto a su competencia, tanto material como personal, lo cual no resultaría acorde con el artículo 8.1 de la Convención Americana,⁷⁴ que estatuye que “toda persona tiene derecho a ser oída por un juez o tribunal competente”. En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional,⁷⁵ pues se considera que dentro del derecho penal el ámbito castrense tiene el carácter de *ultima ratio*, por tanto los procesos penales deben constituir el medio menos lesivo para que el Estado proteja los intereses de las Fuerzas Armadas.⁷⁶ Por ello, en caso que un Estado conserve la justicia militar, ésta debe ser mínima y encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno.⁷⁷ Los tribunales militares deben conocer solo aquellos delitos que por la naturaleza de los bienes jurídicos penales castrenses protegidos son estrictamente militares y constituyen conductas graves cometidas por militares que atentan contra dichos bienes jurídicos.⁷⁸

Por su parte, en el ámbito de la competencia personal, ésta debe limitarse solo al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. De manera tal que en ninguna circunstancia un civil puede verse sometido a la jurisdicción de los tribunales militares.⁷⁹

Esto se condice con la competencia material de estos tribunales, pues si ellos existen solo para conocer los delitos o faltas que por su propia naturaleza atentan contra bienes jurídicos propios del orden militar, en consecuencia, dichos delitos, como se ha señalado “solo pueden

73 Corte IDH, caso *Palamara vs. Chile*, serie C 135, 2005, párrafos 256 y 257.

74 Corte IDH, caso *Palamara vs. Chile*, serie C 135, 2005, párrafo 142: “la amplitud de la jurisdicción penal militar por la definición de los delitos militares y la remisión a diversas leyes que otorgan competencia a los tribunales militares cabe resaltar que en Chile dichos tribunales pueden conocer numerosos casos, debido a que la calidad del sujeto activo de los delitos militares es indiferente”.

75 Corte IDH, caso *Palamara vs. Chile*, serie C 135, 2005, párrafo 124.

76 Corte IDH, caso *Palamara vs. Chile*, serie C 135, 2005, párrafo 134.

77 Corte IDH, caso *Palamara vs. Chile*, serie C 135, 2005, párrafo 132.

78 Se puede afirmar que estos delitos deben contemplarse en el Código de Justicia Militar, y no serían tales los delitos que las leyes especiales someten al conocimiento de los tribunales militares, ni delitos de nuestra legislación penal ordinaria o común cometidos por militares. Cfr. López (1995: 87-95).

79 Corte IDH, caso *Palamara vs. Chile*, serie C 135, 2005, párrafo 256.

ser cometidos por los miembros de las instituciones castrenses en ocasión de las particulares funciones de defensa y seguridad exterior de un Estado”.⁸⁰

En cuanto a independencia e imparcialidad, la estructura orgánica de la justicia militar en Chile en tiempos de paz vulnera la independencia que los tribunales han de tener, pues conforme lo concluyó la Corte Interamericana, los integrantes de los tribunales “son militares en servicio activo, están subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando, su nombramiento no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuentan con garantías suficientes de inamovilidad y no poseen una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscales”.⁸¹ Además, la imparcialidad es afectada porque “en el Fiscal se concentran las funciones de investigar y juzgar. El Fiscal es el encargado de emitir el auto de procesamiento y realizar la acusación fiscal a la que responde el acusado, de forma tal que las decisiones sobre la necesidad y legalidad de las medidas probatorias y su valor para acreditar la comisión de una conducta delictiva las realiza la misma persona”.⁸²

La Corte ha establecido que la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos. En este sentido, la inexistencia de recursos internos efectivos coloca a una persona en estado de indefensión. Y bajo esta perspectiva, se ha señalado que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el citado artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que sean efectivos, es decir, se debe brindar a la persona la posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida ante la autoridad competente.⁸³

En el caso analizado, esta garantía se ve conculcada pues todos los recursos que el señor Palamara interpuso en contra de las decisiones militares que le fueron adversas y afectaban sus derechos, fueron resueltos por tribunales militares que no revestían las garantías de imparcialidad e independencia y no constituían el juez natural, por lo cual el Estado violó el derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes.

80 Corte IDH, caso *Palamara vs. Chile*, serie C 135, 2005, párrafo 132.

81 Corte IDH, caso *Palamara vs. Chile*, serie C 135, 2005, párrafo 155.

82 Corte IDH, caso *Palamara vs. Chile*, serie C 135, 2005, párrafo 157.

83 Corte IDH, caso *Palamara vs. Chile*, serie C 135, 2005, párrafos 183-184.

En relación con estos criterios, destaca el fallo del Tribunal Constitucional en el cual se declaró inaplicable por inconstitucionalidad la competencia de la justicia militar para conocer de casos en que la víctima fuera un civil. Como afirma Nash, este fallo evidencia la plena aplicabilidad del control de convencionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.⁸⁴ En el requerimiento se invoca como fundamento la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, integrados al ordenamiento jurídico interno en virtud del artículo quinto inciso segundo de la Constitución. Al respecto, el Tribunal señala que los “derechos en los referidos instrumentos no puede desatenderse en el presente juzgamiento, sea que se estime su aplicación directa como norma fundante del bloque constitucional de derechos, sea que se entienda su contenido como una referencia o elemento interpretativo determinante en la plena acepción de los derechos involucrados que reconoce la Constitución Política”.⁸⁵ Y acto seguido, integra la interpretación de la Corte en la materia:

Octavo: Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete auténtico de la aludida convención, ha sentado jurisprudencia en orden a que la justicia militar carece de jurisdicción sobre intervinientes civiles y que solo puede investigar y sancionar la afectación de bienes jurídicos relacionados con la función castrense;

Noveno: Que, a la luz de tales antecedentes, no cabe duda que (sic) la aplicación conjunta de los preceptos impugnados provoca una vulneración de los derechos a ser oído por un juez competente, a la publicidad del proceso y a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, con transgresión de los preceptos contenidos en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 19, N° 3°, de la Constitución Política de la República.⁸⁶

Luego, a propósito del caso *Maldonado y otros vs. Chile* (2015), la Corte Suprema hizo ejecución del fallo de la Corte Interamericana revi-

84 Nash (2019: 429).

En efecto, la propia sentencia así lo declara, Tribunal Constitucional, rol 2493-13, 2014, considerando décimo segundo: “Que, al decidir de esta forma una acción singular, esta Magistratura entiende contribuir —en el ámbito de su competencia— al cumplimiento del deber impuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado de Chile para adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar”.

85 Tribunal Constitucional, rol 2493-13, 2014, considerando séptimo.

86 Tribunal Constitucional, rol 2493-13, 2014, considerandos octavo y noveno.

sando sentencias condenatorias emitidas por los consejos de guerra de la dictadura militar, por basarse en pruebas obtenidas mediante actos de tortura.

En el procedimiento ventilado en la jurisdicción internacional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos destacó la falta de una normativa chilena o de prácticas judiciales pertinentes que establecieran un recurso para hacer efectiva la regla de la exclusión de las pruebas obtenidas bajo tortura. Por una parte, “el marco normativo constituye en sí mismo un obstáculo para lograr que la justicia ordinaria revise ciertas decisiones de autoridades militares”, y, además, la Corte Suprema “contribuyó a perpetuar este impedimento por la vía de la interpretación, al no ejercer un control de convencionalidad para brindar un recurso efectivo a las presuntas víctimas del caso que haga operativa la regla de exclusión”. En consecuencia, concluyó que Chile incumplió las obligaciones estipuladas en el artículo 25 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2, y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, que dispone la investigación y sanción de la tortura y que prohíbe de manera expresa la utilización de confesiones obtenidas con tales medios en su artículo 10, en perjuicio de las presuntas víctimas.⁸⁷

Luego, se resuelve, como una medida de reparación, que “el Estado debe continuar y concluir, eficazmente, en un plazo razonable y con las debidas diligencias, las investigaciones relacionadas con los hechos de tortura en perjuicio de las víctimas de este caso, con el objetivo de identificar, y en su caso procesar y sancionar a los responsables”.⁸⁸ Para estos efectos, precisa la Corte, el Estado chileno deberá atender a los siguientes aspectos:

a) asegurar el pleno acceso y capacidad de actuar de las víctimas y sus familiares en todas las etapas de estas investigaciones, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana;

b) por tratarse de una violación grave de derechos humanos y en consideración de las particularidades y el contexto en que ocurrieron los hechos, el Estado debe abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía en beneficio de los autores, así como ninguna otra disposición análoga, la prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier eximente similar de responsabilidad, para excusarse de esta obligación;

⁸⁷ Corte IDH, caso *Maldonado vs. Chile*, serie C 300, 2015, párrafo 113.

⁸⁸ Corte IDH, caso *Maldonado vs. Chile*, serie C 300, 2015, párrafo 155.

c) garantizar que las investigaciones y procesos por los hechos del presente caso se mantengan, en todo momento, bajo conocimiento de la jurisdicción ordinaria, y;

d) divulgar públicamente los resultados de los procesos para que la sociedad chilena conozca la determinación judicial de los hechos objeto del caso.⁸⁹

Por otra parte, también por vulnerar la garantía de protección judicial, se ordena un mecanismo efectivo y rápido para revisar y anular las sentencias que fueron dictadas en perjuicio de las víctimas en procesos penales ventilados ante los consejos de guerra de la dictadura militar, condenándolos con base en confesiones obtenidas bajo tortura. Para dar cumplimiento a esta medida de satisfacción, el Consejo de Defensa del Estado solicitó al fiscal de la Corte Suprema presentar un recurso de revisión para anular las sentencias por supuesta “traición a la patria” dictadas por los consejos de guerra, el cual fue resuelto el 3 de octubre de 2016, por sentencia definitiva de la Segunda Sala de la Corte Suprema, invalidándolas.⁹⁰

Como medida de no repetición, la Comisión solicitó que el Estado adopte medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole, con el objeto de adecuar la legislación y las prácticas chilenas a los estándares interamericanos en materia de tortura y protección judicial, así como medidas para prevenir la repetición de hechos similares a los relacionados con el presente caso.⁹¹ Luego, la Corte dictaminó que el mecanismo de revisión de las sentencias que se establezca debe ser puesto a disposición de las demás personas que fueron condenadas por los consejos de guerra durante la dictadura militar chilena.⁹²

En este contexto, destacan fallos de la Corte Suprema del año 2018 y 2019, que revisan y anulan fallos de los Consejos de Guerra de Antofagasta y Pisagua (sentencias roles 8745-2018 y 15074-2018), y de Ñuble y Concepción (sentencias roles 4176-2019 y 6889-2019), aunque las

89 Corte IDH, caso *Maldonado vs. Chile*, serie C 300, 2015, párrafo 156

90 Carátula reservada, Corte Suprema, rol 27543-2016; Centro de Derechos Humanos (2017: 63): “[...] la sala penal dejó sin efecto las sentencias fraudulentas históricas contra 78 ex miembros de la Fuerza Aérea. El fallo citó las Comisiones Rettig y Valech, además del mencionado fallo de la Corte IDH, para establecer que los consejos de guerra convocados tras el golpe de Estado actuaron en contra de la Constitución Política de 1925, desconociendo, además, el debido proceso”.

91 Corte IDH, caso *Maldonado vs. Chile*, serie C 300, 2015, párrafo 168.

92 Corte IDH, caso *Maldonado vs. Chile*, serie C 300, 2015, punto resolutivo 9.

causas no se han iniciado de oficio por el Estado, sino por las víctimas sobrevivientes.⁹³

1.2. Decreto Ley de Amnistía

A propósito del caso *Almonacid y otros vs. Chile* (2006), la Corte Interamericana estableció la responsabilidad del estado por vulnerar los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1, por dos motivos: i) el otorgamiento de competencia a la jurisdicción militar para que conociera el caso por la muerte del señor Almonacid Arellano, y ii) por la aplicación del Decreto Ley 2.191 de Amnistía.⁹⁴

La Corte ordena a Chile dejar sin efecto las sentencias del Segundo Juzgado Militar de Santiago y de la Corte Marcial de 1997 y 1998, respectivamente, que habían aplicado la amnistía, y remitir el caso a la justicia ordinaria para que se investigue y sancione a los culpables de la muerte del Sr. Arellano. Además, ordena no volver a aplicar el Decreto Ley 2.191, que concedía amnistía a todas las personas que hayan incurrido en delitos entre 1973 y 1978 en Chile.

En este caso, la Corte Interamericana se refiere al concepto de control de convencionalidad en los siguientes términos:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁹⁵

La Corte Suprema, siguiendo lo resuelto, no ha vuelto a aplicar el Decreto Ley de Amnistía, desplazando su aplicación y prefiriendo el uso de

93 Centro de Derechos Humanos (2019: 58).

94 Corte IDH, caso *Almonacid vs. Chile*, serie C 154, 2006, párrafo 146.

95 Corte IDH, caso *Almonacid vs. Chile*, serie C 154, 2006, párrafo 124.

los principales instrumentos internacionales de derecho internacional humanitario y derechos humanos ratificados por Chile y vigentes en el país, los cuales establecen que los crímenes de lesa humanidad no prescriben y tampoco son susceptibles de amnistía.

Sin embargo, en un inicio, en la década de los 90, sí aplicó el Decreto de Amnistía tan pronto como se advirtiera que los hechos investigados revestían el carácter de delitos cometidos entre 1973 y 1978, sin considerar necesario agotar la investigación respecto de la comprobación del delito o la determinación de la persona del responsable. Luego, a partir de 1998, se determina que para aplicar la amnistía debe estar comprobada la existencia del delito y determinada la persona del autor clara e indubitadamente, como única manera de extinguir a su respecto la pena que debiera corresponderle por su participación en los hechos investigados, por lo que era necesario investigar hasta probar la procedencia de la amnistía.⁹⁶

⁹⁶ Zúñiga (2006: 30-31); Nogueira (2005: 41); Matus (2006: 281); Requa (2012: 82-87).

Nótese que el análisis judicial completo de los intentos por conseguir castigo en los hechos conocidos como “Caso Calle Conferencia” es muestra fiel de este cambio de paradigma. Instalada la democracia en el año 1990, se originó la primera discusión acerca de la aplicación del Decreto Ley de Amnistía como legislación irregular preconstitucional. Se presentó un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema, a propósito de una causa en conocimiento ante jurisdicción militar (causa rol 533-1978). La Corte resolvió que el decreto no violaba la Constitución (Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad núm. 27.640, Corte Suprema 1990, considerandos 27 y 28). Tras esta sentencia, la Corte Marcial, el 24 de enero de 1992, confirmó el sobreseimiento total y definitivo, en causa rol 553-1978, de la Segunda Fiscalía del Juzgado Militar de Santiago. Luego, el año 1998, se interpone querella por el delito de genocidio u homicidios calificados múltiples, en subsidio, en contra de Augusto Pinochet y quienes resulten responsables. El año 2002 se decreta sobreseimiento total y definitivo en esta causa respecto de Manuel Contreras, por estimarse que la cosa juzgada emanada del fallo de la causa rol 533-1978, por su naturaleza, impide que quien ha sido sobreseído pueda ser perseguido nuevamente por los mismos hechos (*Marín con Pinochet*, Ministro de Fiero, rol 2182-1998, 2002). La Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la sentencia (*Marín con Pinochet*, rol 47806-2002, 2005); sin embargo, la Corte Suprema, en *Marín con Pinochet*, rol 5131-2005, 2007, estimó que no era posible sobreseer, pues la primera exigencia para la dictación de un sobreseimiento definitivo es la circunstancia de encontrarse agotada la investigación, y ésta recién se iniciaba al momento de decretarse el sobreseimiento censurado; si bien se habían practicado diligencias en relación a los hechos, no era posible sostener que las mismas se

También se considera que, en el caso de detenidos desaparecidos, ya sea calificando el hecho como *secuestro* o como *detención ilegal*, no corresponde la aplicación de la amnistía, pues dichos ilícitos son *delitos permanentes* y, por tanto, continúan cometiéndose con posterioridad al periodo temporal comprendido por el Decreto Ley.⁹⁷ Además, para declarar improcedente la amnistía, se asienta con mayor frecuencia la postura de que resultan aplicables los Convenios de Ginebra de 1949 tratándose de ilícitos cometidos durante el tiempo en que el país estuvo bajo declaración de estado de sitio, pues se considera que la ficción de estado de guerra no solo opera respecto de la utilización de la jurisdicción penal de tiempo de guerra, sino también que permite la implementación de toda la normativa aplicable a casos de conflictos armados, entre ella estos Convenios, lo cual había sido expresamente negado con anterioridad.⁹⁸

encontraran agotadas (considerandos cuarto a décimo). En relación con la cosa juzgada, si la ley autoriza el sobreseimiento definitivo cuando el hecho punible de que se trata haya sido materia de un proceso en que haya recaído sentencia firme que afecte al actual procesado, para la configuración de la cosa juzgada en materia penal se requiere únicamente de la identidad del hecho punible y del “actual procesado”, alcanzando solo a quienes han sido partes en el proceso anterior (el actual procesado debe haberlo sido también en la anterior causa). Por tanto, en los autos rol 553-1978 del Segundo Juzgado Militar de Santiago, que motiva la cosa juzgada esgrimida en la causa iniciada el año 1998, no se determinó ningún responsable de los hechos investigados y carece de procesados, habiéndose dictado un sobreseimiento en términos generales, sin especificar algún delito en particular. Por tanto, no solo no existe agotamiento de las diligencias de la investigación, sino que también la Corte Suprema estima la falta de identidad entre las dos causas. La intervención que en ciertas desapariciones de personas le cupo a Manuel Contreras, dictaminó la Corte Suprema, debe ser acuciosa, diligente y completamente investigada por el tribunal correspondiente, disponiendo todas las diligencias que tiendan a tal fin, hasta agotar la investigación y determinar las personas responsables (considerandos décimo segundo a décimo sexto).

97 *Contra Contreras Sepúlveda y otros* (caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez), Corte de Apelaciones de Santiago, rol 11821-2003, 2004, párrafo 76c; *Contra Contreras Sepúlveda y otros* (caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez), Corte Suprema, rol 517-2004, párrafo 30.

98 Nogueira (2005: 41); Zúñiga (2006: 3).

La sentencia en el caso de desaparición forzada de Sandoval Rodríguez, caso emblemático en materia de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, aplica los Convenios de Ginebra. Vid. *Contra Contreras Sepúlveda y otros*

La tendencia contraria, para contrarrestar esta interpretación de la inamnestiabilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad por aplicación de los Convenios de Ginebra, enfatiza que el Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra permite la aplicación de las amnistías en virtud del artículo 6.5, según el cual “a la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.⁹⁹

Sin embargo, se genera el problema de cómo compatibilizar esta norma con el artículo 148 del IV Convenio de Ginebra sobre la Protección de las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, el cual *impide* a los vencedores en un conflicto armado internacional o no internacional *pactar* una *exoneración* de su *responsabilidad penal* por los crímenes internacionales cometidos. Luego, se ha interpretado que el sentido del artículo 6.5 del II Protocolo no tiene el objetivo de favorecer la amnistía por hechos susceptibles de ser calificados como violaciones al derecho internacional humanitario, entre ellos los crímenes internacionales, sino que apunta a hechos vinculados al conflicto propiamente tal, como el recurso de las armas, la rebelión, entre otros que tienen en general carácter de *delitos políticos* o *conexos con delitos políticos*.

El Protocolo Adicional II fue diseñado para asegurar una mayor protección a las víctimas de conflictos armados no internacionales, desarrollando y complementando el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. Si el artículo 6.5 permitiera las amnistías para evitar la prosecución de los más detestables abusos cometidos contra los derechos humanos en conflicto armado, ello sería inconsistente con el objetivo principal del Protocolo. Si bien el derecho internacional humanitario *no prohíbe las amnistías* totalmente, pues autoriza aquellas otorgadas en beneficio de las personas que participaron en las hostilidades y dadas por cuerpos democráticamente elegidos, excluye las *autoamnistías* dictadas por quienes cometieron crímenes de guerra y de lesa humanidad. E incluso, bajo la existencia de las primeras y el reconocimiento de su validez, es necesario igualmente investigar los hechos, pues tanto la so-

(caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez), Corte Suprema, rol 517-2004, considerando 34°.

99 Vid., v. gr., *Contra Pinto y otro*, Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 907-2004, considerando sexto; *Contra Alarcón*, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1064-2007, considerando décimo cuarto del voto disidente del ministro Mera.

ciudad como los familiares de las víctimas tienen derecho a conocer la verdad acerca de lo sucedido, así como los motivos y circunstancias en que los aberrantes crímenes acaecieron, en orden de prevenir su repetición y hacer posible las indemnizaciones pecuniarias correspondientes.

Por tanto, se impone el rechazo de las amnistías en blanco —aquellas que impiden todo tipo de investigación— y es generalmente aceptado que las amnistías no pueden ser aplicadas a aquellos casos en los cuales el derecho internacional obliga a los Estados a procesar; *v. gr.*, las amnistías son ilegales respecto de los crímenes de guerra y de lesa humanidad —en especial del genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas—, no solo por la existencia de instrumentos internacionales que contienen la doctrina *aut dedere aut judicare* (obligación de extraditar o juzgar), sino que además, al ser crímenes con carácter de *ius cogens*, corresponde a ellos, como una obligación *erga omnes*, la de procesarlos.¹⁰⁰

Actualmente, así es entendido en nuestros tribunales, que sostienen que no cabe duda de que el Decreto Ley 2191 de 1978 tiene el carácter de una autoamnistía, por lo que puede ser claramente identificado como un acto de autoexoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos, con el evidente propósito de procurar su impunidad. Las amnistías o leyes de punto final tienen por objeto la superación de las heridas del pasado, pero la forma y los contenidos del perdón, en el marco del derecho, tienen ciertas limitaciones que surgen del propio compromiso del Estado con su población y del derecho internacional (calidad de normas de *ius cogens*). Los autopardones o impunidad están al margen de la ética y del derecho.¹⁰¹

1.3. Imprescriptibilidad de acciones penales

El caso Almonacid, además de prohibir la aplicación del Decreto Ley 2.191 sobre amnistía en el orden interno, añade que el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el princi-

100 Cfr. Infante (1996: 296); Cassel (1996: 208 y 218-219); García (1998: 73-74); Naqvi (2003: 604-605, 617 y 620); Nogueira (2005: 51 y 57); Botero (2006: 308); Horvitz (2006: 221-222); Laplante (2009: 941-942); Galdámez (2011: 220-221); Bernalles (2019: 294); Gavron (2002: 102); Barrios Altos, Corte IDH, serie C 75, 2001, párrafos Décimo y undécimo 10 y 11 del voto separado del juez Cançado.

101 *Contra Pinto* (caso Chena), Corte Suprema, rol 3125-2004, 2007, considerando vigésimo cuarto de la sentencia de casación; *Contra Gómez*, Corte Suprema, rol 1528-2006, 2008, considerandos vigésimo quinto y vigésimo sexto.

pio *ne bis in idem*, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables.¹⁰²

Luego precisa que si bien Chile no ha ratificado la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, tal imprescriptibilidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención, sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa.¹⁰³

En esta materia, en Chile ha existido una evolución jurisprudencial que culmina con el reconocimiento y aplicación del criterio explicitado por la Corte Interamericana el 2006.

Durante la década de los 90, la discusión se centró en si resultaban aplicables o no los Convenios de Ginebra de 1949¹⁰⁴ a los hechos constitutivos de crímenes de lesa humanidad acaecidos en los períodos en que Chile rigió la declaración de estado de sitio por conmoción interior, pues si bien no existía una declaración formal y expresa de guerra civil, se interpretaba al estado de sitio como estado de guerra para efectos de la aplicación de los tribunales militares de tiempos de guerra.¹⁰⁵

Luego, entre 1990 y 1998, los tribunales chilenos negaron la aplicación de estos Convenios por considerar que no se cumplía con la existencia de un conflicto bélico efectivo.¹⁰⁶ Más tarde, entre 1998 y 2005, fueron aplicados como fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, al interpretar que la declaración de estado de sitio realiza una ficción legal de guerra¹⁰⁷ que hace aplicable el uso

102 Corte IDH, caso *Maldonado vs. Chile*, serie C 154, 2006, párrafos 147-152.

103 Corte IDH, caso *Maldonado vs. Chile*, serie C 154, 2006, párrafo 153.

104 Principales instrumentos internacionales que codifican las normas del derecho internacional humanitario, ratificados por Chile en 1950.

105 Vid. Díaz (2006).

106 Díaz (2006: 307-308), refiriendo a casos judiciales, entre otros, los emblemáticos: *Contra Romo Mena*, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 38683-1994; *Contra Rivera González y otro*, Corte de Apelaciones de Temuco, rol 333-2004; *Almendras y otros*, Corte Suprema, rol 4054-2001, 2003; *Contra Rivera González y otro*, rol 457-2005.

107 El estado de sitio por conmoción interna estuvo vigente entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, y entre el 6 de noviembre de 1984 y el 17 de junio de 1985. El artículo 418 del Código de Justicia Militar estableció que: “Para los efectos de este Código, se entiende que hay estado de guerra o que es tiempo de guerra, no solo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de

de tal normativa internacional como debido contrapeso a una legislación especial abusiva y cercenadora de los derechos humanos. Así, se reconoce que la imprescriptibilidad de estos crímenes es un principio perteneciente al derecho internacional consuetudinario que encuentra su consagración convencional en el artículo 3° común de los Convenios de Ginebra, el cual señala que estos crímenes quedan prohibidos “en cualquier tiempo y lugar”.

En una segunda etapa, se impulsa la implementación, aplicación y reconocimiento pleno de los efectos de las normas de *ius cogens* que prohíben la comisión de ciertos crímenes internacionales. Estas decisiones, para justificar la existencia de un derecho internacional consuetudinario que impide la aplicación judicial de la prescripción de crímenes de *ius cogens*, incluso sin ser necesaria la ratificación de la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad por parte de Chile, enfatizan que el derecho internacional de los derechos humanos preside una concepción sistemática fundada en el respeto de la dignidad humana, en consideración del desarrollo de la materia a partir de la Segunda Guerra Mundial. Así, la jurisprudencia nacional alude al Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg, a la Carta de las Naciones Unidas, a la Carta de la Organización de Estados Americanos, a la Declaración Universal de Derechos Humanos, a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, a la Convención para la Sanción y Prevención del Delito de Genocidio, a los Convenios de Ginebra, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la Convención contra la Tortura, a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a la Convención Interamericana contra la Tortura, a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, al Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y al Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

En refuerzo, refieren a la Convención Europea sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra, a la Declaración de Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, al Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de la Comisión

hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho la declaración oficial”.

de Derecho Internacional y al fallo de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en el caso Barrios Altos.¹⁰⁸

Luego, con la dictación del fallo Almonacid, la Corte Suprema reconoce la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, indicando que la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad cristaliza este principio de origen consuetudinario. El tratado se comporta como la expresión formal de normas consuetudinarias preexistentes sobre la materia, limitándose, por tanto, su rol a la constatación de la existencia de la norma y la fijación de su contenido, por lo que no es necesario que la Convención se encuentre ratificada en Chile. Es aplicable por constituir derecho consuetudinario y gozar del estatus de norma de *ius cogens*, normas internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico chileno. También suelen aludir a las primeras sentencias de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, v. gr., en los casos *Velásquez Rodríguez*, serie C 4, 1998, *Godínez Cruz*, serie C 5, 1989 y *Blake*, serie C 36, 1988.¹⁰⁹

108 Corte de Apelaciones de Santiago: *Barría y otros con Schernberger y otros*, rol 15765-2004, 2005, considerandos quinto a octavo; *Contra Vallejos*, rol 7797-2006, considerando noveno; *Contra Gómez Aguilar*, rol 37483-2004, 2006, considerandos octavo a décimo quinto; *Contra Ruiz, Madrid, Corvalán y Díaz*, rol 14058-2004, 2006, considerandos vigésimo sexto a trigésimo tercero; *Estado de Chile y otros con Rivera*, rol 5937-200), considerandos primero a octavo; *Contra Burgos y otros*, rol 24471-2005, 2006 considerandos décimo a vigésimo cuarto.

109 Corte Suprema: *Contra Flores y otro* (caso Molco) rol 559-2004, 2006, considerandos décimo segundo a vigésimo octavo; *Estado de Chile y otros con Rivera* rol 6525-2006, 2007, considerando primero de la sentencia de reemplazo; *Contreras con Ruiz y otros*, rol 6188-2006, 2007, considerandos vigésimo octavo y vigésimo noveno de la sentencia de reemplazo; *Lagos y otros con Guerra y otro*, rol 4662-2007, 2008, considerandos octavo a undécimo de la sentencia de reemplazo; *Contra Contreras y otros*, rol 6212-2007, 2008, considerando noveno de la sentencia de casación y décimo séptimo a vigésimo cuarto de la sentencia de reemplazo; *Lejderman con Polanco y otros*, rol 696-2008, 2009. Considerandos noveno a undécimo de la sentencia de reemplazo; *Urrutia con Ruiz y otros*, rol 4691-2007, 2009, considerandos vigésimo a vigésimo cuarto de la sentencia de casación y cuarto a sexto de la sentencia de reemplazo; *Contreras con Contreras y otros*, rol 4329-2008, 2009, voto en contra de Dolmestch; *Munizaga con González y Sanhueza*, rol 9474-2009, 2010, considerandos vigésimo quinto y vigésimo sexto; *Sindicato Campesino La Esperanza del Obrero del Complejo Agrícola y Forestal Panguipulli con Pinochet y otros*, rol 8314-2009, 2011, considerandos vigésimo noveno y trigésimo.

Contra Pinto, Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 1462-2007, 2008, considerando décimo segundo.

Sin embargo, con posterioridad al fallo Almonacid siguen existiendo fallos nacionales que niegan la aplicación del derecho internacional consuetudinario y de las normas de *ius cogens* que impiden la invocación de las causales de exoneración de responsabilidad penal, pues estiman que la imprescriptibilidad, si bien instada en el derecho internacional a partir de los crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial, no es efectivo que fuera un principio de general reconocimiento a la época de comisión de los hechos.¹¹⁰ Además, insisten en que no se pueden aplicar en Chile la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional por no encontrarse ratificados en aquella época, sin reconocer que solo cristalizan derecho internacional consuetudinario.¹¹¹ Presumiblemente esto se debe a las variaciones existentes en la composición de la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema.

110 *Contra Alarcón*, Corte Suprema, rol 3872-2007, 2008, considerando décimo séptimo.

111 Corte Suprema: *Contreras con Contreras y otros*, rol 4329-2008, 2009, considerando décimo de la sentencia de reemplazo (ministros Segura, Rodríguez, Ballesteros, Dolmestch y Torres); *Riquelme con Lecaros y otros*, rol 6626-2005, 2007, considerando octavo de la sentencia de reemplazo; *Aguirre con Astudillo y otros*, rol 2079-2006, 2007, considerando sexto del voto disidente de Segura en la sentencia de reemplazo; *Contreras con Ruiz y otros*, rol 6188-2006, 2007 considerando octavo del voto disidente de Segura en la sentencia de reemplazo; *Estado de Chile y otros con Rivera*, rol 6525-2006, 2007 considerando séptimo del voto disidente de Segura y Ballesteros en la sentencia de reemplazo; *Contra Flores y otro* (caso Molco) rol 559-2004, 2006, considerandos décimo segundo a décimo tercero del voto disidente de Ballesteros: “[...] la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad [...] no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, en consecuencia, no era aplicable ni a la fecha de comisión de los ilícitos ni en la actualidad y, por tanto, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, [...] no ha sido aprobado por Chile, en consecuencia, no era aplicable a la fecha de comisión de los hechos investigados, ni lo es ahora, por tanto, tampoco ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal”; *Contra González, Baigorri, Hernández, Pinochet y otros*, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1772-2008, voto en contra de la ministra Maggi, apartados e) y f); *Contra Cevallos y otros*, Corte de Apelaciones San Miguel, rol 5174-2007, 2008, disidencia del ministro Montiglio, considerando vigésimo quinto.

1.4. Indemnizaciones civiles

En el caso *Órdenes Guerra y otros vs. Chile* (2018) la Corte Interamericana declara la responsabilidad del Estado por la violación del derecho de acceso a la justicia, en los términos de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, en perjuicio de las víctimas, al haber rechazado, entre 1997 y 2001, las indemnizaciones civiles alegadas por delitos de secuestro o detención, tortura y desaparición forzada o ejecución cometidos en el régimen militar, aplicando como fundamento la prescripción de cuatro años desde la perpetración del acto conforme al artículo 2332 del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual.

La Corte recuerda la existencia de una “obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas o los actos estatales y la Convención Americana, incumbe a todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, y debe ser realizada *ex officio* en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” y destaca que “si bien la emisión de una ley que determine expresamente la inaplicabilidad de la figura de la prescripción en ese tipo de acciones civiles, podría ser una vía pertinente para cerrar en definitiva futuras interpretaciones contrarias a la Convención en ese sentido, la Corte considera que no han sido aportadas suficientes razones para considerar que ello sea una medida absolutamente indispensable para garantizar la no repetición de los hechos, por lo cual no corresponde ordenarlo. Corresponderá a las autoridades legislativas del Estado determinar la viabilidad y pertinencia de ello en el marco de sus competencias. Sin perjuicio de ello, es función actual y futura de todos los órganos vinculados a la administración de justicia del Estado, en todos los niveles, ejercer un adecuado control de convencionalidad en causas similares a las presentadas en este caso”, como garantía de no repetición.¹¹²

En esta materia la jurisprudencia chilena tuvo una evolución, y si bien en un primer período aplicó la prescripción de la responsabilidad extracontractual en casos de violaciones graves al derecho internacional humanitario,¹¹³ años antes del caso *Órdenes Guerra* ya había fallado

112 Caso *Órdenes Guerra vs. Chile*, Corte IDH, serie C 372, 2018, párrafos 135 y 136.

113 Corte de Apelaciones de Santiago: *Abarzúa y otros con Fisco de Chile*, rol 2791-2011, 2013, considerandos primero a cuarto; *Ortega con Fisco de Chile*, rol 8917-2003, 2008, considerandos primero y segundo; *Zúñiga y otros con Contreras y otros*, rol 2348-2015, 2017, considerando primero a cuarto.

varios casos,¹¹⁴ ejerciendo un control de convencionalidad, reconociendo como principio básico la reparación integral de las víctimas (o sus

Corte Suprema: *Ávila con Fisco de Chile*, rol 3540-2007, 2009, considerandos séptimo a décimo segundo; *Castillo y otros con Fisco de Chile*, rol 16331-2013, 2014, considerandos tercero a noveno; *Contra Estado de Chile*, rol 6299-2009, considerandos séptimo a décimo tercero; *Felber y otros con Fisco de Chile*, rol 25921-2014, 2015, considerandos quinto a octavo; *Martínez y otros con Fisco de Chile*, rol 6049-2005, 2006, considerandos décimo tercero a vigésimo; *Rivas y otros con Fisco*, rol 7105-2008, 2010, considerandos quinto a décimo segundo; *Salgado con Fisco de Chile*, rol 7888-2014, considerandos cuarto a noveno; *Vásquez con Fisco de Chile*, rol 4700-2013, 2014, considerandos quinto a undécimo.

Por otra parte *Lejderman con Polanco y otros*, Corte Suprema, rol 696-2008, 2009, considerandos 38° a 43°; *Toro y otros con Contreras y otros*, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1579-2007, considerandos vigésimo a vigésimo tercero, no dieron a lugar a la demanda civil en contra del Fisco de Chile por crímenes de lesa humanidad que hayan impetrado funcionarios públicos, pues estiman que los tribunales penales son incompetentes para conocer de las indemnizaciones de perjuicios solicitadas, porque solo excepcionalmente se puede demandar civilmente en sede penal, pero exclusivamente en relación a los mismos hechos y procesados por la comisión de los delitos investigados, no extendiéndose al tercero civilmente responsable que en este caso sería el Estado. Sin embargo, cabe tener presente que sobre la procedencia y alcances del ejercicio de la acción civil en juicio penal tampoco existe uniformidad de interpretación, pues los tribunales también han sostenido que “la pretensión indemnizatoria que se admite en sede penal conforme a lo dispuesto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal presenta como única limitación que el fundamento de la acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal, lo que viene a significar una exigencia en el campo de la causalidad” (*Lagos y otros con Guerra y otro*, Corte Suprema, rol 4662-2007, 2008, considerandos 34° a 37°; *Toro y otros con Contreras y otros*, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 695-2008, 2009, considerandos 36° a 40°).

114 Corte de Apelaciones de Santiago: *Carrasco con Fisco de Chile*, 6715-2002, 2007, considerando primero; *Contra Gómez Aguilar*, rol 37483-2004, 2006, considerando décimo octavo; *Fuenzalida y otros con Fisco de Chile*, rol 9663-2003, 2008, considerandos primero a quinto; *Lejderman con Polanco y otros*, rol 11801-2006, 2007, considerando undécimo; *Montiel con Fisco*, rol 325-2002, 2007, considerandos primero y segundo; *Muller y otro con Fisco*, rol 1211-2002, 2007, considerandos 6, 7, 25-27; *Valencia con Fisco de Chile*, rol 3595-2002, 2007, considerandos segundo a cuarto; *Toro y otros con Contreras y otros*, rol 695-2008, 2009, considerandos 40-42; *Vergara con Fisco de Chile*, rol 2495-2008, 2009, considerando undécimo; *Quiñones con Fisco de Chile*, rol 7816-2009, 2010, considerando décimo cuarto; *Chacaltana y otros con Fisco de Chile* y otros, rol 1100-2015, 2016, considerando décimo cuarto.

familiares) de violaciones a la dignidad humana, y por tanto, la imprescriptibilidad aplicable tanto a la responsabilidad penal como a la civil emanada de la comisión de crímenes de lesa humanidad, lo cual la Corte Interamericana valoró positivamente.¹¹⁵

Es necesario enfatizar que, en el ámbito de las relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos, la aplicación interna de las normas internacionales se ha de realizar con una interpretación de sus disposiciones conforme a los parámetros de interpretación propios del derecho internacional. Y, por tanto, en el ámbito específico del derecho internacional humanitario, la aplicación interna que realicen los tribunales de justicia domésticos ha de interpretar tales normas conforme a criterios teleológicos y sistemáticos, y no desde una perspectiva local que aplica criterios propios del sistema jurídico doméstico, desconociendo el plexo normativo internacional. Lo cual es aplicable, también, para los jueces que apliquen el estatuto de responsabilidad e en los Convenios de Ginebra, para concluir si procede o no la prescripción de las acciones civiles que emanan de las infracciones graves del derecho internacional humanitario.

Es pertinente destacar que este cambio de paradigma —aunque las sentencias internas no lo declaren—, puede deberse a la condena al Estado de Chile en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *García Lucero* (2013), por la tardanza en la investigación de hechos de tortura de los que tomó conocimiento al momento de postular al programa de pensiones de exonerados políticos el Sr. Leopoldo García en el año 1993. En la causa se establece la importancia y deber de los Estados de indemnizar a las víctimas de delitos de lesa humanidad como medio de reparación, y el hecho de no encontrarse impedido de solicitar su revisión o determinación en sede judicial, no obstante el haber accedido a programas de especiales de indemnización por ley.¹¹⁶ Así,

115 Caso *Órdenes Guerra vs. Chile*, Corte IDH, serie C 372, 2018, párrafos 101 y 131.

116 Caso *García Lucero vs. Chile*, Corte IDH, serie C 267, párrafos 121-126. La Ley N° 19.123, publicada en el Diario Oficial el 8 de febrero de 1992 y actualizada el 10 de diciembre de 2009, crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación y establece pensión de reparación y otros beneficios en favor de los familiares de las víctimas de violaciones a los derechos humanos o de la violencia política, que se individualizan en el Volumen Segundo del Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y de las que se reconozcan en tal calidad por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, de conformidad al procedimiento establecido en la misma ley. La Ley N° 19.980,

destaca en la jurisprudencia interamericana el fortalecimiento de la idea del derecho a la verdad, no solo en relación con el deber motu proprio del Estado de investigar y sancionar los crímenes de lesa humanidad, sino también incluyendo la obtención de una justa e integral reparación a las víctimas sobrevivientes y a sus familiares.¹¹⁷

También se debe considerar que antes de las guerras mundiales, el concepto jurídico de *reparación* fue construido desde el punto de vista de las relaciones entre particulares, a partir del reconocimiento de la responsabilidad civil extracontractual como una de las fuentes de las obligaciones y la máxima: “el que causa un daño debe repararlo”, es decir, como un deber general de reparar los daños que se causen a otras personas, por acción o por omisión, cuando no existe un deber jurídico de soportar tales daños. Posteriormente, la teoría de la responsabilidad extracontractual fue ampliada al contexto de las relaciones entre Estado y particulares, en lo que se conoce como la doctrina de la responsabilidad patrimonial del Estado, que hoy en día goza de una elaboración conceptual amplia tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. Este enfoque tradicional concibe la reparación básicamente desde un punto de vista económico, que incluye daño emergente, lucro cesante y daño moral. Sin embargo, no solo se valora exclusivamente en términos económicos para efectos de la reparación, sino que además es prescriptible.¹¹⁸

publicada en el Diario Oficial el 9 de noviembre de 2004 y actualizada el 10 de diciembre de 2009, modifica la Ley N° 19.123, ampliando beneficios. A su respecto, Luego, respecto de los beneficios otorgados a través de las Leyes N° 19.123 y N° 19.980, la Corte Suprema ha indicado que estos no son impedimento para reparar materialmente el daño moral sufrido como consecuencia de la comisión de un crimen de lesa humanidad cuya certeza se obtiene recién con el proceso. La “pensión de reparación es compatible con otras indemnizaciones que judicialmente pudiere impetrarse y obtenerse por los beneficiarios”.

Corte Suprema: *Boettiger y otros con Contreras y otros*, rol 30598-2014, 2015, considerando vigésimo segundo; *Brevis con Fisco de Chile*, rol 100751-2016, 2017, considerando noveno; *Garcés y otros con Espinoza y otros*, rol 82246-2016, 2017, considerando noveno; *González con Arellano*, rol 4723-2007, 2008, considerando décimo cuarto; *Lastra con Fisco de Chile*, rol 11767-2017, 2017, considerando quinto; *Pereira y otros c. Luzoro y otro*, rol 1568-2017, 2017, considerando décimo quinto; *Villalobos con Moren y otro*, rol 23573-2015, 2016, considerando vigésimo segundo.

117 Bernales (2019: 294).

118 Así, fallos chilenos recientes rechazan la posibilidad de exoneración de responsabilidad civil por aplicación del derecho interno y enfatizan que el dere-

Ahora bien, aunque los tribunales de justicia chilenos habían cambiado el paradigma de interpretación de la indemnización civil por delitos calificados de crímenes de lesa humanidad a la imprescriptibilidad integral (responsabilidad penal y civil) antes de la dictación del fallo Órdenes Guerra, estaría pendiente la posibilidad de “revertir la injusticia relativa sufrida por quienes vieron negados sus derechos a reparación por vía judicial, antes del cambio de criterio”,¹¹⁹ ya “que las personas afectadas no puedan interponer nuevas demandas, debido a que la cosa juzgada lo impide”.¹²⁰

Por su parte, respecto de la compatibilidad con las indemnizaciones otorgadas por ley en procedimientos administrativos, no obstante que el Consejo de Defensa del Estado se opone a la reparación por vía judicial invocando que el daño ha sido ya reparado, la Corte Suprema ha reconocido el carácter complementario entre ambas formas de reparación, aceptando que el otorgamiento de pensiones no impide interponer una demanda de indemnización del daño moral en tribunales.¹²¹ Se destaca la observación efectuada por el Centro de Derechos Humanos, en relación con la acostumbrada intervención del Consejo de Defensa del Estado oponiéndose a la reparación de los familiares de las víctimas o de las víctimas sobrevivientes, pues en sus argumentos “minimizan o relativizan el sufrimiento de quienes fueron violentados por el mismo Estado”, acto “incoherente y contradictorio con las obligaciones internacionales del Estado”, y que “constituye un nuevo agravio para las víctimas y sobrevivientes que acuden a los tribunales”.¹²²

Cabe destacar otro fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que también refiere a la obligación de realizar un control de convencionalidad por parte de los tribunales chilenos como garantía de no repetición.¹²³ En este caso, ya no se trata de la responsabilidad civil emanada de un crimen de lesa humanidad, sino de actos de confisca-

cho internacional (Convenios de Ginebra 1949 y Convención Americana sobre Derechos Humanos 1969) ha recogido el criterio que “todo daño ha de ser reparado”. *Lobos y otros con Fisco*, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 7997-2017, 2018, considerandos 15-16.

119 Centro de Derechos Humanos (2019: 58).

120 Centro de Derechos Humanos (2019: 42).

121 Centro de Derechos Humanos (2019: 40-41).

122 Centro de Derechos Humanos (2019: 117).

123 Caso *Galetovic Sapunar y otros vs. Chile*, Corte IDH, 2024, párrafo 110.

ción y expropiación de una radioemisora,¹²⁴ pero en el mismo contexto de hechos de violaciones de derechos humanos acaecidos bajo la dictadura militar. Se trata del caso *Galetovic Sapunar y otros vs. Chile* (2024) en el cual se declaró la responsabilidad del Estado chileno por violar los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que el Sr. Galetovic, en representación de sus socios, interpuso en 1995 acción civil para solicitar la nulidad de los decretos que los despojaron de la radiodifusora, así como obtener una reparación. Si bien la justicia chilena en 2004 declaró la invalidez de pleno derecho de los decretos, determinó que el componente patrimonial de la acción había prescrito a los cinco años desde su promulgación, aplicando la regla de prescripción de las acciones del Código Civil.

La Corte razona indicando que la decisión de la Corte chilena no consideró que la expedición de los decretos mediante los cuales se confiscó y expropió la radiodifusora ocurrió en vigencia de una dictadura militar, y durante ese periodo no podía exigirse a las presuntas víctimas interponer ninguna acción.¹²⁵ Los hechos que dieron origen a las acciones de reparación no constituyen crímenes de lesa humanidad —como en el caso *Órdenes Guerra*—, por lo que es posible aplicar un plazo de prescripción, pero se debía considerar la interrupción o suspensión de esta durante la vigencia de la dictadura militar, porque en tal época no era posible el acceso a la justicia y a recursos judiciales efectivos.¹²⁶ Aplicando la figura de la suspensión de la prescripción, luego la Corte debió decidir desde cuándo se reanudaba el conteo del plazo: a) desde la entrada a la democracia (11 de marzo de 1990);¹²⁷ b) desde la declaratoria de nulidad de los decretos (21 de enero de 2004);¹²⁸ o c) desde que el

124 La dictadura militar, mediante el Decreto 77 de 1973, dispuso que cualquier tipo de agrupación que hubiera apoyado al gobierno de Salvador Allende debía ser disuelta y sus bienes debían pasar al dominio del Estado. Posteriormente, mediante el Decreto 473 de 1974 se declaró que presuntamente la “Sociedad Ruiz y Compañía Ltda.” estaba en la situación prevista en el Decreto 77 de 1973. Finalmente, mediante el Decreto 1163 de 1974, se declaró disuelta la sociedad “Ruiz y Compañía Ltda.” y la radiodifusora “La voz del sur” pasó a propiedad del Estado. Corte IDH, caso *Galetovic Sapunar y otros vs. Chile*, 2024, párrafos 35-39.

125 Corte IDH, caso *Galetovic Sapunar y otros vs. Chile*, 2024, párrafo 51.

126 Corte IDH, caso *Galetovic Sapunar y otros vs. Chile*, 2024, párrafos 64-69, 80-82.

127 Corte IDH, caso *Galetovic Sapunar y otros vs. Chile*, 2024, párrafos 66, 77.

128 Corte IDH, caso *Galetovic Sapunar y otros vs. Chile*, 2024, párrafos 66, 79.

señor Galetovic fue efectivamente notificado del destino de la radiodifusora y los bienes que la conformaban (13 de febrero de 1995).¹²⁹ La Corte determina que el plazo de prescripción debía contarse, haciendo una interpretación acorde al derecho a un recurso efectivo, desde abril de 1991, fecha en que el señor Galetovic regresó del exilio y emprendió una serie de acciones orientadas a reclamar ante el Estado por la confiscación y expropiación de sus bienes. En esa medida la Corte estima que la acción de reparación iniciada en septiembre de 1995 fue interpuesta en tiempo.¹³⁰

Además, la Corte reiteró su jurisprudencia en el sentido de que la reparación de una violación a un derecho protegido por la Convención no puede ser reducida al pago de una compensación en un procedimiento administrativo. De este modo, los programas administrativos de reparación no pueden obstruir la posibilidad de que las presuntas víctimas interpongan acciones judiciales para el reclamo de reparaciones.¹³¹

1.5. Media de prescripción

Los tribunales chilenos aplicaban la figura de la media de prescripción, prescripción gradual, parcial o incompleta del artículo 103 del Código Penal¹³² en procedimientos penales por crímenes de lesa humanidad, lo que reducía de manera significativa las penas impuestas a los responsables de los hechos, ya que deja entregado a la discrecionalidad del tribunal la determinación del *quantum* de la sanción, disminuyendo en uno, dos o tres tramos la penalidad asignada por la ley.¹³³

129 Corte IDH, caso *Galetovic Sapunar y otros vs. Chile*, 2024, párrafos 66, 78.

130 Corte IDH, caso *Galetovic Sapunar y otros vs. Chile*, 2024, párrafos 78, 82.

131 Corte IDH, caso *Galetovic Sapunar y otros vs. Chile*, 2024, párrafos 84-87.

132 Su inciso primero prescribe: “Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta”. Por su parte el artículo 95 de la misma recopilación legal, al definir el inicio del cómputo del plazo de la prescripción, lo ubica en “el día en que se hubiere cometido el delito”.

133 Corte Suprema: *Contra Barria y otros*, rol 1489-2007, 2007, considerandos décimo y undécimo de la sentencia de reemplazo; *Contra Cardemil y otros*, rol 3587-2005, 2007, considerandos décimo noveno a vigésimo quinto de la sentencia de reemplazo; *Contreras con Ruiz y otros*, rol 6188-2006, 2007, conside-

Aunque pareciera imponerse este criterio, advertimos que en algunos casos no se acoge la minorante, por tratarse de un delito de carácter permanente como el *secuestro*, pues, al no existir fecha cierta de consumación del delito, se hace imposible comenzar el cómputo del plazo para efectos de la aplicación de esta institución,¹³⁴ lo cual es acorde con uno de los criterios utilizados para afirmar la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales subsumibles en la categoría de secuestro calificado, delito de carácter permanente cuya consumación no se termina de verificar sino hasta que aparece el secuestrado o es posible determinar fehacientemente su fallecimiento.

Con todo, también en estos casos de secuestros calificados existen fallos de la Corte Suprema que dan lugar a la media prescripción, por lo

rando trigésimo de la sentencia de reemplazo; *Contra Ruiz, Madrid, Corvalán y Díaz*, rol 3808-2006, 2007, prevención del ministro Rodríguez, considerando décimo octavo de la sentencia de reemplazo; *Estado de Chile y otros con Rivera*, rol 6525-2006, 2007, considerando segundo de la sentencia de reemplazo; *Contra Medina*, rol 2422-2008, 2008, considerandos tercero a vigésimo cuarto de la sentencia de reemplazo; *Lazo y otro con Contreras y otros*, rol 6212-2007, 2008, considerando 33° de la sentencia de reemplazo; *Vergara con Sanhueza y otros*, rol 6308-2007, 2008, considerando décimo de la sentencia de reemplazo; *Toro y otros con Contreras y otros*, rol 695-2008, 2009, considerando vigésimo noveno de la sentencia de reemplazo; *Nehgme y otros con Araneda y otros*, rol 4427-2007, 2009, considerando décimo noveno; *Contreras con Contreras y otros*, rol 4329-2008, 2009, voto disidente en la sentencia de reemplazo de Dolmestch; *Lejderman con Polanco y otros*, rol 696-2008, 2009, considerando vigésimo segundo; *Meza y otro con Manzo y otros*, rol 3378-2009, 2009, considerandos vigésimo sétimo a vigésimo noveno; *Munizaga con González y Sanhueza*, rol 9474-2009, 2010, considerandos 35° a 45°; *Sindicato Campesino La Esperanza del Obrero del Complejo Agrícola y Forestal Panguipulli con Pinochet y otros*, rol 8314-2009, 2011, considerandos 39° a 49°; *Contra Krassnoff Martchenko Miguel y otros*, rol 3680-2011, 2011, considerando vigésimo quinto de la sentencia de reemplazo; *Contra Aravena y otro*, rol 5720-2010, 2012, considerando décimo cuarto de la sentencia de reemplazo; *Programa Continuación de la Ley 19123 con Leiva*, rol 10434-2011, 2012, considerando décimo quinto.

134 Corte Suprema: *Gallegos con Fernández*, rol 6574-2007, 2008, considerando sexto de la sentencia de reemplazo; *Contra Medina*, rol 2422-2008, 2008, voto disidente de Rodríguez en la sentencia de casación; *Contreras con Contreras y otros*, rol 4329-2008, 2009, voto disidente de Rodríguez en la sentencia de casación; Corte de Apelaciones de Santiago, *Contra Contreras Sepúlveda y otros* (caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez), rol 11821-2003, 2004, considerando 114°.

que han sido criticados,¹³⁵ entre otras razones, porque no utilizan estos criterios para efectos del cómputo del plazo, sino que, por ejemplo, el año 2007, los jueces estimaron, a efectos de la aplicación de la media prescripción en un delito de secuestro calificado, “que la consumación se ha producido al prolongarse el encierro o la detención por más de noventa días, pudiendo iniciarse el cómputo de la media prescripción a partir de esta fecha, es decir, a contar del día noventa y dos, teniendo en cuenta para ello que, aún en su prolongación en el tiempo, o incluso en el caso de resultar un daño grave en la persona o intereses del encerrado o detenido, la pena determinada por este tipo calificado es siempre la misma: la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, sin alteración de su disvalor”.¹³⁶

135 Nogueira (2008: 581-584), afirma que “[s]i no procede aplicar la prescripción por ser delitos imprescriptibles, tampoco puede aplicarse la media de prescripción [...] No pueden aplicarse instituciones diseñadas para delitos comunes a crímenes de lesa humanidad y contra los derechos humanos, ya que ellos constituyen un tipo especial, al cual no se le aplican las reglas comunes y se rigen por el derecho internacional”. Así, pues, luego afirma que “[l]a aplicación de la media de prescripción [...], implica a su vez, la aplicación de una pena no proporcionada al crimen cometido y la sanción constituye solo una apariencia de justicia [...] sanciones en ciertos casos irrisorias y absolutamente desproporcionadas que son cumplidas en libertad”.

Aguilar (2009: 450), comparte el mismo parecer respecto de la no aplicación del derecho penal doméstico a figuras criminales de regulación internacional, indicando que la aplicación de la media prescripción a hechos que son desapariciones forzadas de personas calificadas como secuestros, habiéndose reconocido su imprescriptibilidad total es una incoherencia que denomina “el sí, pero no’ de la jurisdicción”.

Y en cuanto a la desproporcionalidad de la pena atendida la gravedad del delito, concuerda Galdámez (2011: 213-214). Por su parte, Fernández y Sferrazza (2009: 187-190), critican la aplicación de la prescripción gradual en casos de secuestros calificados en relación con el fundamento que inspira esta institución y al cómputo del plazo. Con todo, en Fernández y Sferrazza (2009: 312-330), se encuentra un cuadro con fallos pronunciados por la Corte Suprema entre el 30 de julio de 2007 y enero de 2009, en los cuales se ha aplicado la prescripción gradual dando cuenta de la pena decretada y los beneficios alternativos a la pena privativa de libertad concedidos, lo que comprueba los asertos de Nogueira, Aguilar y Galdámez indicados más arriba. Por su parte, Requa (2012: 93-94), lo califica como una contradicción de la jurisprudencia.

136 *Contra Cardemil y otros*, Corte Suprema, rol 3587-2005, 2007, considerando vigésimo sexto de la sentencia de reemplazo.

Al año siguiente, en otro caso, enfatizaron que “el parámetro fundacional a considerar para los efectos de iniciar el cómputo de la institución en estudio, gira en torno del ataque al bien jurídico tutelado en tanto, por cierto, sostenido en forma voluntaria por el agente o hechor”, por tanto, en el caso en juzgamiento, habiéndose dado principio de ejecución al delito en septiembre de 1973, se concluye que el sustento de voluntad que surte efectos sobre la antijuridicidad no ha podido operar más allá del 16 de marzo de 1996, data en que al acusado se le concedió el retiro absoluto de la institución de Carabineros, y se considera a esta como fecha de inicio del cómputo de la media prescripción.¹³⁷

Luego, la Corte Interamericana en el caso *Vega González vs. Chile* (2024), señala que la figura de la media de prescripción constituye un factor de impunidad que es incompatible con las obligaciones del Estado de investigación y sanción de este tipo de crímenes, vulnerando las garantías y recursos judiciales efectivos. Además, la Corte reitera la obligación de los tribunales domésticos de realizar un control de convencionalidad como garantía de no repetición:

(...) el Estado y sus órganos de administración de justicia en cumplimiento de esta sentencia no deberán aplicar la media prescripción en casos futuros que contemplen delitos de lesa humanidad y graves violaciones a derechos humanos, todo en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En ese sentido, corresponde reiterar que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y juezas, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, sean estas de naturaleza constitucional o legal. Por tanto, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, las magistraturas y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹³⁸

137 *Contra Medina*, Corte Suprema, rol 2422-2008, considerandos décimo cuatro y décimo quinto de la sentencia de reemplazo.

138 Corte IDH, caso *Vega González vs. Chile*, serie C 519, 2024.

2. Movilidad humana

En materia de movilidad humana no existen fallos de la Corte Interamericana en contra de Chile, pero sí existen varios casos que declaran la responsabilidad de otros Estados y que identifican el contenido de los estándares internacionales aplicables en la materia y que debieran ser utilizados por los tribunales domésticos de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en implementación de un control de convencionalidad, tal como se afirma expresamente en fallos de la Corte de fecha 2010 y 2014.¹³⁹

A continuación, se presentan las principales interpretaciones de la Corte en estos casos contenciosos y se destaca cómo han sido recogidos estos estándares interamericanos en la jurisprudencia chilena.

2.1. Migrantes: grupo humano bajo condición de vulnerabilidad

La condición de vulnerabilidad de las personas migrantes es mantenida por desigualdades entre nacionales y extranjeros de jure (en las leyes) y de facto (estructurales). Luego, los prejuicios culturales acerca de los migrantes permiten la reproducción de sus condiciones de vulnerabilidad y dificultan su integración a la sociedad. Las violaciones de derechos humanos cometidas en contra de los migrantes quedan muchas veces en impunidad debido a factores culturales que lo justifican, a la falta de acceso a las estructuras de poder en una sociedad determinada, y a impedimentos normativos y fácticos que tornan ilusorios un efectivo acceso a la justicia. El Estado debe abstenerse de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice su vulnerabilidad y ha de adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación. Es propicio que el Estado realice programas de formación y capacitación permanentes para el personal encargado del control migratorio, así como para otros funcionarios que por motivo de su competencia tengan trato con personas migrantes o solicitantes de asilo, en cuanto a

¹³⁹ Corte IDH: caso *Vélez vs. Panamá*, serie C 218, 2010, párrafo 287 y *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, serie C 282, párrafo 311.

los estándares internacionales relativos a los derechos humanos de los migrantes.¹⁴⁰

En esa línea, destaca el Protocolo de acceso a la justicia de grupos vulnerables, elaborado por el Poder Judicial (2015-2020), el cual reconoce dentro de estos grupos a las personas migrantes. El Protocolo trata de conceptos fundamentales para entender el marco de protección de este grupo vulnerable en el contexto del servicio de justicia;¹⁴¹ especifica el marco nacional e internacional aplicable;¹⁴² señala una serie de principios generales aplicables;¹⁴³ igualdad y no discriminación, *pro homine*, interés superior del niño, no devolución, unidad familiar, presunción de inocencia, prontitud y prioridad, confidencialidad, coordinación, excepcionalidad en la detención, asistencia humanitaria; finalmente, enlista recomendaciones que buscan auxiliar a los juzgadores, entregándoles un abanico de acciones que contribuyan a superar las barreras a las cuáles se enfrentan las personas migrantes en el ejercicio de sus derechos.¹⁴⁴ Luego, realiza especial hincapié en la importancia de contar con sistemas adecuados de identificación de personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad para asegurar que se garanticen sus derechos. Por ejemplo, preguntarle al migrante que se encuentra en audiencia o en el juicio, sobre su situación actual migratoria (si es o no refugiado), teniendo en cuenta la debida confidencialidad en esta situación.¹⁴⁵

Al respecto, cabe referirse a un caso en que la Corte Suprema, al abordar la incorporación del criterio de vulnerabilidad y evitando que ello derive en una discriminación estructural, sustituye la medida cautelar de prisión preventiva decretada en contra de mujer de 17 años embarazada diagnosticada con colestasis intrahepática y preclamsia, formaliza-

140 Corte IDH: *caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, 2014, serie C 282, párrafos 464 y 465; caso *Familia Pacheco vs. Bolivia*, 2013, serie C 272, párrafos 128, 270; caso *Nadege vs. República Dominicana*, 2012, serie C 251, párrafos 152 y 153, 267-270; caso *Vélez vs. Panamá*, 2010, serie C 218, párrafos 98 y 99, 207, 278.

141 Poder Judicial (2015-2020: 78-81).

142 Poder Judicial (2015-2020: 82-87).

143 Poder Judicial (2015-2020: 88-91).

144 Poder Judicial (2015-2020: 92-97).

145 Poder Judicial (2015-2020: 97).

da como autora de los delitos de tráfico de sustancias estupefacientes y homicidio simple, por una menos gravosa:¹⁴⁶

4º) (...) la decisión impugnada por el presente recurso de amparo, que desestima la petición de la defensa de modificar la medida cautelar de internación provisoria por una de menor intensidad, no analizó el cúmulo de antecedentes sociales aportados por la defensa, que da cuenta que se trata de una mujer en la que confluyen múltiples categorías de vulnerabilidad (adolescente enferma, con un hijo recién nacido, quien sufrió un accidente en el centro que le originó graves lesiones), condición que se encuentran especialmente protegidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que importa que la decisión de mantener a la amparada privada de libertad, en esas especiales circunstancias, conlleve de un esfuerzo argumentativo en el sentido de justificar por qué los fines del procedimiento o riesgos procesales del caso concreto, deben primar por sobre bienes igualmente valiosos para la sociedad, teniendo presente que la regla general es la libertad de las personas y que esta solo puede ser afectada de manera legítima a través de una resolución debidamente motivada que se haga cargo de las particularidades del caso específico, excluyendo los riesgos de su imposición de manera “automática y acrítica” y descartando de la misma manera toda otra medida cautelar personal que pudiera garantizar de igual forma la necesidad de cautela requerida, sin afectar tan gravemente y en su esencia el derecho a la libertad personal y a la salud de la imputada y de su hijo;

5º) Que, en tal sentido, ha de tenerse presente la normativa internacional entre la que se destaca primeramente y a nivel de Naciones Unidas, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) y, con posterioridad, y mayor especificidad, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belem do Pará). En este contexto, particularizando el tratamiento internacional, deben colacionarse las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), que establece en su Regla 57 que “se deben elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas”;

6º) Que —en lo que interesa para este examen—, también debe considerarse que la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, también llamada Convención de Belem do

146 *Leiva Durán contra 12º Juzgado de Garantía de Santiago*, Corte Suprema, rol 60.746-2024, considerandos cuarto a octavo, revocando fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 969- 2024.

Pará, dispone en su artículo 9 que: “Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad”;

7º) Que en el caso en estudio, según aparece del mérito de los antecedentes, la amparada permanece actualmente en internación provisoria en el centro respectivo, siendo adolescente con un hijo nacido mientras estaba privada de libertad, manteniendo una serie de patologías producto del embarazo, que el niño se encuentra viviendo en el centro con ella, lactante que sufrió un accidente que le originó graves lesiones, existiendo un riesgo de salud para la amparada y el lactante por las condiciones en que se encuentra;

8º) Que, en este contexto, conforme a las disposiciones reseñadas precedentemente, mantener la medida cautelar respecto de la amparada en un recinto de privación de libertad, puede generar graves perjuicios para el desarrollo y vida futura tanto de ella y su hijo, lo que obliga a esta a Corte a adoptar medidas con la finalidad de cumplir con las convenciones internacionales a las que el Estado adscribió, en su oportunidad y, que en el presente caso, implican dejar sin efecto la medida de internación provisoria, sustituyendo dicha cautelar, por la privación de libertad total en el domicilio de la imputada, sujeción a la vigilancia del Servicio de Reinserción Social Juvenil y arraigo nacional.

2.2. Niñez migrante: medidas especiales de protección

Al respecto, la Corte Interamericana ha destacado que:¹⁴⁷

- Los niños migrantes requieren de un *trato especial diferenciado* respecto de los adultos en caso de detenciones, deportaciones o procedimientos de solicitud de asilo, pues los niños son sujetos de derechos y no objetos condicionados y limitados a los derechos de los padres.
- Cualquier decisión de órgano judicial o administrativo que deba decidir acerca de la *separación familiar*, debido a la condición

147 Corte IDH: *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, 2014, serie C 282, párs. 256-269, 280, 344, 357, 360, 414-441; *Caso Familia Pacheco vs. Bolivia*, 2013, serie C n° 272, párs. 218-228; Opinión Consultiva OC-21/14, párrafos 81, 85 105-106, 153-160; *Caso Habbal vs. Argentina*, 2022, serie C463, párrafos 69-72.

migratoria de uno a ambos progenitores, debe contemplar las circunstancias particulares del caso concreto, garantizando así una decisión individual; además, debe perseguir un fin legítimo de acuerdo con la Convención, la que debe ser idónea, necesaria y proporcionada.

- Los Estados no pueden recurrir a la *privación de libertad* de niños que se encuentren junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de los progenitores para cautelar los fines de un proceso migratorio, ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar o permanecer en un país, en el hecho de que el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos del niño.
- Los principios contenidos en la Convención de Derechos del Niño deben orientar tanto los aspectos sustantivos como procedimentales de la determinación de la *solicitud de la condición de refugiado del menor*, independientemente de que esté acompañado o separado de sus padres o de las personas encargadas de su cuidado. En especial, se ha de considerar el derecho de los niños a expresar sus opiniones y el garantizarles procedimientos apropiados y seguros en un ambiente que le genere confianza en todas las etapas del proceso.
- Los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al *otorgamiento de la nacionalidad*, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas, pues la apatridia tiene como consecuencia imposibilitar el goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de una persona, y ocasionarle una condición de extrema vulnerabilidad. Por tanto, los niños nacidos en el territorio deben adquirir la nacionalidad del Estado en que nacen automáticamente al momento del nacimiento, y los Estados tienen la obligación de garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación independientemente del estatus migratorio los padres; así, el estatus migratorio de los padres no puede transmitirse a sus hijos.
- En caso de que la regulación de la nacionalidad en el derecho interno reconozca el principio de *ius soli* con la excepción de

los hijos de los extranjeros que estén de tránsito, no puede asimilarse la *condición de ilegalidad del extranjero al concepto de tránsito*, por tratarse de figuras distintas; para considerar a una persona como transeúnte o en tránsito, independientemente de la nomenclatura que se utilice, el Estado debe respetar un límite temporal razonable, y ser coherente con el hecho de que un extranjero que desarrolla vínculos en un Estado no puede ser equiparado a un transeúnte o a una persona en tránsito.

En esta materia, el Protocolo de acceso a la justicia de las personas vulnerables recomienda especial atención con los niños separados o no acompañados de su familia, para lo cual señala se debe considerar y evaluar a fondo su identidad (nacionalidad, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, crianza, y las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección), garantizar su derecho a la educación y el acceso a la salud; y la rehabilitación para aquellos que son víctimas de cualquier forma de abandono, explotación o abuso. Asimismo, deben tomarse en cuenta circunstancias como la edad, si están acompañados de sus padres, las experiencias que han vivido, el grado de madurez y su educación.¹⁴⁸ También, recomienda priorizar que los niños, niñas y adolescentes permanezcan preferentemente en libertad, utilizando alternativas a la detención, únicamente cuando éstas no puedan ser utilizadas se procederá a la detención como último recurso.¹⁴⁹

La Corte Suprema (conociendo en apelación recurso de reclamación contra expulsión de mujer migrante irregular con dos hijos chilenos) enfatiza, razonando con aplicación de normas internacionales, que este tipo de medida antes de su dictación debe ponderar la afectación que se pudiese producir en el interés superior de los niños parte de la familia, por lo que acoge la acción.¹⁵⁰

Tercero: (...) La Convención sobre los Derechos del Niño (...) establece en su artículo 3 que es una obligación del Estado propender al resguardo del interés superior del niño y, conforme a ello, tomar en consideración la forma en que les afecta una decisión administrativa como aquella que se recurre. Este resguardo, considera la protección y cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres. Atendida la obligación del artículo 5 ° de la Constitución Política de la Re-

148 Poder Judicial (2015-2020: 94).

149 Poder Judicial (2015-2020: 97).

150 *Mamani Calizaya contra Servicio Nacional de Migraciones*, Corte Suprema rol 28824-2024, considerandos tercero a octavo, revocando fallo de la Corte de Apelaciones de Arica, rol 56-2024.

pública, esta Corte, así como a toda autoridad, está obligada a considerar en sus fallos los Tratados Internacionales sobre DDHH ratificados y que se encuentren vigentes para Chile, resulta de la Convención mencionada y del tenor de la norma constitucional señalada, que no es por tanto posible que la autoridad al decidir sobre la situación de una mujer extranjera independiente de su condición migratoria, ignore la obligación internacional que le asiste de razonar y fundamentar sus decisiones considerando los efectos que éstas tienen sobre los niños (...):

Quinto: Que, es así, que la medida de expulsión se debe fundamentar en función de factores como la gravedad de los hechos imputados, los antecedentes delictuales de la persona, la reincidencia en infracciones de índole migratoria, el tiempo de residencia regular en el país, la existencia de cónyuges o padres chilenos radicados en el territorio nacional con residencia definitiva, la existencia de hijos chilenos o foráneos con residencia definitiva y estadía en el país, conforme a los criterios de interés superior del niño, derecho a ser oído y unidad familiar y, por último, los aportes sociopolíticos, económicos, culturales o científicos, realizados por la persona durante su permanencia en el país (...).

Séptimo: Que la sola exposición de los antecedentes deja al descubierto la arbitrariedad con la que actúa el Servicio, toda vez que, si bien, efectivamente, no están autorizados para residir en Chile quienes ingresen al país por pasos no habilitados, eludiendo con ello su identificación y el control migratorio correspondiente al ejercicio de la soberanía nacional, no es menos cierto que, en este caso, de un modo errado, se alude a inexistencia de hijos chilenos en el territorio nacional, su edad, la relación directa y regular y el cumplimiento de las obligaciones de familia que recaen sobre la afectada, fundándose exclusivamente en una escueta consignación sobre tal aspecto, razón por la que, sin más antecedentes se dispone la expulsión de la migrante irregular.

Octavo: Que, por lo demás, parece insoslayable reflexionar respecto de que el Servicio, a pesar de reconocer el régimen normativo que regula la figura de la expulsión de los extranjeros ilegales en el país, no haya hecho un análisis específico en relación a la situación de los hijos de la actora, determinando de forma concreta la situación de residencia de los niños, examinando tal circunstancia sobre la base de reconocer el derecho de vivir en territorio chileno y, al mismo tiempo, teniendo presente el derecho a la unidad familiar reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todo ello, desde luego, de conformidad al principio de interés superior.

2.3. Detención de extranjeros

Al respecto, la Corte IDH ha destacado que:¹⁵¹

- La limitación de la libertad física así sea por un período breve, inclusive aquellas con meros fines de identificación, debe ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la legislación interna —siempre y cuando ésta sea compatible con la Convención— establezcan al efecto. Por tanto, cualquier requisito establecido en estas disposiciones que no sea cumplido, haría que la privación de libertad sea ilegal y contraria a la Convención.
- Los Estados deben establecer en la ley, tan concretamente como sea posible y de antemano, las causas y condiciones de la privación de la libertad física.
- Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que —aún calificados de legales— puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad. Por tanto, no se debe equiparar el concepto de ‘arbitrariedad’ con el de ‘contrario a ley’, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad.
- Las resoluciones que afecten el derecho a la libertad personal deben expresar claramente el fundamento jurídico razonado y objetivo sobre la procedencia y la necesidad de la medida, no bastando un mero listado de las normas que podrían ser aplicables, pues no satisface el requisito de motivación suficiente que permita evaluar si la medida resulta compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La medida debe tener una finalidad legítima, ser idónea, necesaria y proporcional.
- La información sobre los motivos de la detención debe darse cuando ésta se produce e implica dos obligaciones: a) la información en forma oral o escrita sobre las razones de la detención, y b) la notificación, por escrito, de los cargos.

151 Corte IDH: *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, 2014, serie C n° 282, párs. 168, 169, 364, 369, 371, 372, 376; caso *Familia Pacheco vs. Bolivia*, 2013, serie C n° 272, párs. 131; caso *Nadege vs. República Dominicana*, 2012, serie C n° 251, párs. 126-134-144, 185; caso *Vélez vs. Panamá*, 2010, serie C n° 218, párs. 16, 105, 107-109, 112, 116-137, 166, 167, 170, 171, 183, 202-209, 272.

- Tienen derecho al control judicial de la privación de libertad sin demora para revisar que esta no sea ilegal o arbitraria; el detenido debe comparecer personalmente ante la autoridad competente, la cual debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad.
- Un defensor proporcionado por el Estado debe ejercer asistencia y representación legal amplia desde las primeras etapas del procedimiento, ya que de lo contrario la asistencia legal carece de idoneidad por su falta de oportunidad. Asimismo, el Estado tiene la obligación de brindar asistencia legal gratuita a aquellas personas que carezcan de los medios económicos para poder asumir una defensa legal.
- Las personas detenidas por su situación migratoria deben permanecer en lugares distintos a los destinados a las personas acusadas o condenadas por la comisión de delitos penales, puesto que los migrantes son más propensos a sufrir tratos abusivos.

En esta materia destaca el Protocolo de acceso a la justicia de las personas vulnerables, elaborado por el Poder Judicial (2015-2020) en cuanto explicita que las prácticas migratorias deben partir de una presunción de libertad, por lo que la detención debe aplicarse como criterio de última *ratio*.¹⁵²

Para ilustrar esta circunstancia, traemos a colación un caso que, si bien no explicita la aplicación de normas internacionales, su raciocinio y fundamento judicial se encuentra en consonancia con los estándares internacionales en la materia. Se trata de un extranjero irregular en situación de calle, quien fue detenido y mantenido en prisión preventiva por un mes, mientras se investigaba el delito de amenazas no condicionales, fijándose caución de \$500.000.- para sustituir la medida cautelar. La Corte Suprema revoca la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca por considerar que la prisión preventiva es una medida desproporcionada ante la pena probable a que se expone en el evento de condena, e integra en el razonamiento el criterio de la vulnerabilidad social del afectado: “Que respecto de la sustitución de la prisión preventiva por una caución de \$500.000 que dispone el tribunal recurrido, al tratarse el amparado de un inmigrante en situación de vulnerabilidad social, la fijación de esa caución traerá como corolario que su privación de libertad se mantenga indefinidamente ante la imposibilidad de que esa

152 Poder Judicial (2015-2020: 90).

vulnerabilidad varíe en tales circunstancias y, por ende, en realidad la privación de libertad del recurrente tendría como única causa su precaria situación económica y no la necesidad procesal de asegurar su comparecencia a los futuros actos del juicio o a la ejecución de una eventual sentencia condenatoria”.¹⁵³

2.4. Extranjero sujeto a expulsión o deportación

Al respecto, la Corte IDH ha destacado que:¹⁵⁴

- Existe un mínimo de garantías que deben respetarse en caso de expulsiones de extranjeros, sea que se encuentren lícitamente en el territorio de un Estado Parte, o bien si se cuestiona la licitud de su entrada o permanencia, lo cual desemboca en su expulsión o deportación:
 - a) ser informado expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como:
 - b) la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra;
 - c) la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación;
 - d) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin representado, y
 - e) la eventual expulsión solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada.
- Prohibición de las expulsiones colectivas. El criterio fundamental para determinar el carácter ‘colectivo’ de una expulsión no es el número de extranjeros objeto de la decisión de expulsión, sino que la misma no se base en un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero.

153 *Quevedo Barajas contra Juzgado de Letras de Garantía de Talca*, Corte Suprema, rol 17326-2024, considerando 5°, revocando fallo de la Corte de Apelaciones de Talca, rol 228-2024.

154 Corte IDH: *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, 2014, serie C 282, párs. 351-356, 361-363, 381; caso *Familia Pacheco vs. Bolivia*, 2013, serie C 272, pár. 133; caso *Nadege vs. República Dominicana*, 2012, serie C 251, párs. 154-164, 168-175; caso *Vélez vs. Panamá*, 2010, serie C 218, párs. 143, 146, 149-158.

- En procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso.
- La notificación de su derecho a contar con la *asistencia consular* se erige en una garantía fundamental de acceso a la justicia y permite el ejercicio efectivo del derecho de defensa, pues el cónsul puede asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación de privación de libertad.

En esta materia, el Protocolo de acceso a la justicia de las personas vulnerables recomienda garantizar que se cumpla el derecho a la información, asistencia legal, defensa pública y derecho a un intérprete o traductor, y el derecho a asistencia consular.¹⁵⁵

En cuanto al uso del control de convencionalidad en acciones de amparo contra órdenes de expulsión, bajo la vigencia del Decreto Ley 1.094 de 1975 (anterior legislación migratoria) su uso era cuantitativamente bajo (10%),¹⁵⁶ aunque la jurisprudencia de dicha época recogió ciertos estándares internacionales provenientes de la Convención de Derechos del Niño¹⁵⁷ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁵⁸ Así, los tribunales superiores de justicia han entendido que la protección de la familia y el interés superior del niño, consagrados en la Convención de Derechos del Niño, son parámetro de evaluación de la razonabilidad, proporcionalidad o motivación de la medida de expulsión, o bien, de la pertinencia de la revocación del permiso de residencia, pues siendo esta determinación facultativa en ciertas hipótesis legales, ha de revisarse su justificación y proporcionalidad.¹⁵⁹ Por su parte, respecto

155 Poder Judicial (2015-2020: 97).

156 Díaz (2020b: 324-325), considerando una muestra de 530 sentencias dictadas entre 2010-2018. La Convención de los Derechos del Niño ha sido la más aplicada, pero solo en el 28% de esos casos es utilizada como motivo principal para acoger el amparo, siendo considerada como parámetro para medir la razonabilidad, proporcionalidad y fundamentación de la medida de expulsión.

157 Díaz (2020a).

158 Díaz (2020b).

159 Díaz (2020a: 80). La familia es la asociación de personas por antonomasia, por lo que se ha reconocido su protección y fortalecimiento como un derecho

de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los tribunales, en aplicación de los estándares internacionales, han señalado que la medida de expulsión debe ser fundada de conformidad a la ley. Luego, si ésta entrega facultades discrecionales a la Administración o las causales de expulsión aplicadas atienden a criterios amplios e indeterminados como lo eran en la anterior legislación migratoria, “la conveniencia y utilidad para el país” o “ejecut[ar] actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres”, debe existir una ponderación de los elementos de hechos actuales que circundan la situación migratoria de la persona, tales como su arraigo social y familiar. Además, la medida de expulsión debe ser razonable, es decir, necesaria y proporcional, para que no se transforme en arbitraria. Con todo, la debida notificación de la medida de expulsión es importante, ya que posibilita la revisión de la decisión desfavorable, garantía mínima de debido proceso en casos de deportación. En caso de existir detención administrativa previa a la ejecución de la orden de expulsión, son aplicables los mismos estándares respecto de la medida de expulsión, es decir, garantías procesales mínimas para solicitar revisión judicial de la privación de libertad, criterios de legalidad y de arbitrariedad de la detención.¹⁶⁰

Ya en vigencia la nueva ley migratoria, Ley 21.325 de 2021, destaca el fallo del Tribunal Constitucional que integra en sus razonamientos los cánones del derecho internacional, enfatizando que la expulsión es un acto individual, debiéndose ponderar la procedencia de la medida para el sujeto y para el caso específico de que se trata, tanto por la Administración como por los tribunales de justicia en caso de reclamación judicial.¹⁶¹

Luego, la Corte Suprema, al acoger apelaciones de reclamaciones o amparos en contra de expulsiones, efectivamente alude al artículo 129 de la Ley 21.325 y la necesidad de ponderación individual de los hechos del caso, revisando la legalidad, proporcionalidad y necesidad de la medida.¹⁶²

humano. Tratándose de las personas migrantes, es fundamental, considerar en la aplicación de políticas migratorias la protección de la unidad familiar. Cfr. Lambert (2014); Jastram (2003).

160 Díaz (2020b).

161 Tribunal Constitucional, rol 14.658-2023, 2024, considerando vigésimo quinto.

162 V.gr. Apelación de amparo: *Arias Carabali con Servicio Nacional de Migraciones*, Corte Suprema, rol 7006-2025, 2025; *Fenelon Yolande contra Servicio Nacional de Migraciones*, Corte Suprema, rol 4635-2025, 2025.

2.5. Solicitudes de reconocimiento del estatuto de refugiado

Al respecto, la Corte Interamericana ha destacado que:¹⁶³

- En Derecho Internacional, el término “solicitante de asilo” es equivalente a “solicitante de reconocimiento de la condición de refugiado”. Según la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, un refugiado es una persona que teme ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social u opiniones políticas, y se encuentra fuera de su país de nacionalidad o residencia habitual.
- El reconocimiento de la condición de refugiado tiene carácter declarativo, no constitutivo. Una persona mantiene su condición de refugiado a menos que se aplique una cláusula de cesación, que debe interpretarse de manera restrictiva. Los refugiados están protegidos contra la devolución, un componente fundamental de la protección internacional según la Convención Americana sobre Derechos Humanos, independientemente de su estatus legal o migratorio. Los solicitantes deben recibir orientación clara sobre el procedimiento en un lenguaje comprensible y, en su caso, ser contactados por un representante de ACNUR.

En esta materia, el Protocolo de acceso a la justicia de las personas vulnerables recomienda no poner en peligro mediante la negación de entrada al territorio, devolución, o expulsión, no solo a quienes solicitan asilo o protección internacional, sino también a aquellos a quienes, sin serles reconocido el derecho, puedan sufrir algún tipo de peligro para su vida o su integridad física.¹⁶⁴

Por su parte, los tribunales de justicia chilenos usualmente han acogido los amparos interpuestos por venezolanos afectados por una orden de expulsión en casos de ingreso clandestino, con base en la figura de refugio, y en consideración de otros elementos que sirven para ponderar la necesidad y proporcionalidad de la aplicación de esta medida administrativa, pues la expulsión de quienes tienen la condición de refugiado es de carácter excepcional, fundada solo por razones imperiosas de seguridad pública, de acuerdo con el estándar internacional.

Apelación de reclamación: *Mavares Mejías con Servicio Nacional de Migraciones*, Corte Suprema, rol 5591-2025, 2025; *Ostos con Servicio Nacional de Migraciones*, Corte Suprema, rol 5697-2025, 13 2025.

163 Corte IDH: caso *Familia Pacheco vs. Bolivia*, 2013, serie C 272, párrafos 135-143, 151-160, 197.

164 Poder Judicial (2015-2020: 94).

A continuación, se enlistan los fundamentos jurídicos del razonamiento de la Corte Suprema en casos conocidos bajo la aplicación de la ley de migraciones vigente, Ley 21.325 de 2021, no obstante, las medidas de expulsión decretadas ocurrieron bajo la aplicación de la anterior legislación (Decreto Ley 1.094):¹⁶⁵

1. La Declaración de Cartagena de 1984 y la Declaración de San José de 1994, que precisan un concepto de refugiado que incluye a las personas que han huido de sus países porque, su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.
2. Los principios propios del Derecho Humanitario Internacional: defensa, revisión de la medida y decisión judicial previa, no devolución y no rechazo en frontera, haya sido o no reconocida la condición de refugiados, hayan ingresado o no regularmente al territorio nacional, normas del Derecho Internacional reconocidas a partir de la Convención de 1951, y artículo VII del Protocolo de 1967 y que proviene de la condición de aquellos. Esto ha sido reconocido, asimismo, de acuerdo con el *ius cogens* en forma expresa en la Declaración y Plan de acción de México, para fortalecer la protección internacional en favor de las personas en América Latina.
3. La Ley 20.430, sobre Protección de Refugiados, y su Reglamento, Decreto N° 837 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, artículos 1, 6, y 26; y, 1, 32, y 35, respectivamente.

¹⁶⁵ Corte Suprema, rol 5040-2022, 21 de febrero de 2022, revocando fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta; Corte Suprema, rol 12.696-2022, 4 de mayo de 2022, revocando fallo de la Corte de Apelaciones de Arica; Corte Suprema, rol 16.193-2022, 26 de mayo de 2022, revocando fallo de la Corte de Apelaciones de Copiapó; Corte Suprema, rol 20716-2022, 13 junio 2022, revocando fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso; Corte Suprema, rol 22317-2022, 22 junio 2022, revocando fallo de la Corte de Apelaciones de Copiapó; Corte Suprema, rol 24929-2022, 5 julio 2022, revocando fallo de la Corte de Apelaciones de Talca; Corte Suprema, rol, 40407-2022, 26 de julio 2022 revocando fallo de la Corte de Apelaciones de Arica; Corte Suprema, rol 139.956-2022, 15 de noviembre de 2022, revocando fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco; Corte Suprema, rol 217.778-2023, 25 de septiembre de 2023, revocando fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco; Corte Suprema, rol 242.020-2023, 10 de noviembre de 2023, revocando fallo de la Corte de Apelaciones de Chillán.

4. Además, como consideración adicional, algunos amparados tenían familia en el territorio nacional, por lo que de mantenerse la decisión de la autoridad administrativa se les ocasionará la separación de ella, por lo que la orden de expulsión vulnera el principio de reunificación familiar, consagrado en el artículo 1° incisos primero y final de la Constitución Política de la República, en cuanto establecen que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado darle protección, por lo que el tribunal debe adoptar las medidas para reparar la afectación de los derechos vulnerados.

Luego, concluye que “carece de importancia de hecho y jurídica si el ingreso al territorio nacional se ha efectuado por las personas amparadas de forma regular o irregular, razonando y teniendo en cuenta que la salida del país de origen o del lugar en que tenían residencia ha sido urgente y precaria y a veces el extranjero debió ingresar al país necesariamente en forma irregular”.¹⁶⁶

3. Derecho a la identidad

3.1. *La identidad personal*

El derecho a la identidad no se encuentra consagrado explícitamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero dicho concepto se ha construido a partir de una interpretación del artículo 3° sobre derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y el artículo 18 sobre el derecho al nombre.

La identidad como derecho esencial inherente a las personas radica en la necesidad fundamental del ser humano de ser consciente de sí mismo como ser único en una permanente evolución que conjuga su pasado, presente y su proyección futura. Es decir, se conforma de una dimensión estática (signos distintivos de la persona) y otra dinámica (patrimonio ideológico-cultural de la personalidad, cambiante, y mo-

¹⁶⁶ Corte Suprema, 21 de febrero de 2022, Rol N° 5040-2022, considerando 4°; Corte Suprema, 26 mayo 2022, Rol N° 16.193-2022 considerando 3°; Corte Suprema, 13 de junio 2022, Rol N° 20716-2022, considerando 10°; Corte Suprema, 22 junio 2022, Rol N° 22317-2022, considerando 5°; Corte Suprema, 5 julio 2022, Rol N° 24929-2022, considerando 3°; Corte Suprema, 15 noviembre 2022, Rol N° 139956-2022, considerando 3°; Corte Suprema, 25 septiembre 2023, Rol N° 217778-2023, considerando 7°; Corte Suprema, 10 noviembre 2023, Rol N° 242.020-2023, considerandos 7°.

dificable por las vivencias experimentadas a lo largo de la vida). Luego, al orden jurídico corresponde garantizar los diversos aspectos de la identidad personal y los espacios de libertad necesarios para que cada individuo pueda desarrollar plenamente su personalidad.¹⁶⁷

Varios casos fallados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos han reconocido el derecho a la identidad personal y, consecuentemente, han precisado su contenido. A continuación, revisamos las principales interpretaciones al respecto:¹⁶⁸

- El derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso.
- El reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros. Estos elementos que componen la identidad personal se protegen como derechos en sí mismos en la Convención, luego, no todos estos derechos necesariamente serán involucrados en los casos ligados al derecho a la identidad. El derecho a la identidad no se reduce, confunde ni subordina a uno u otro de los derechos que incluye, no es la sumatoria de estos.
- El derecho al nombre constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, por lo que los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia en la decisión de escoger el nombre. Una vez registrada la persona, se debe garantizar la posibilidad de preservar y restablecer su nombre y su apellido. El nombre y los apellidos son esenciales para

¹⁶⁷ Álvarez y Rueda (2022: 124-126).

¹⁶⁸ Corte IDH: *Personas haitianas vs. República Dominicana*, serie C 130, 2005, párrafos 178-184; caso *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, 2009, serie C 211, párrafo 192; caso *Gelman vs. Uruguay*, serie C 221, 2010, párrafos 122-124; *Contreras y otros vs. El Salvador*, serie C 232, 2011, párrafos 110-113; caso *Fornerón e Hija vs. Argentina*, serie C 242, 2012, párrafo 123; caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala* serie C 351, 2018, párrafos 359-360; caso *Pávez Pávez vs. Chile*, serie C 449, 2022, párrafos 61-62.

establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia.

- La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social.
- Si bien la identidad entraña una importancia especial durante la niñez, pues es esencial para el desarrollo de la persona, lo cierto es que el derecho a la identidad no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, pues se encuentra en constante construcción y el interés de las personas en conservar su identidad y preservarla no disminuye con el paso de los años. Además, el derecho a la identidad puede verse afectado por un sinnúmero de situaciones o contextos que pueden ocurrir desde la niñez hasta la adultez.
- La falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

En la Corte Interamericana destacamos la existencia de sentencia en contra de Chile, de reciente data, que si bien trata en lo medular sobre la violación a los derechos a la vida, a la integridad personal y de la niñez de jóvenes fallecidos en un Centro de Internación Provisoria y Régimen Cerrado del SENAME, refiere al impacto negativo que generan las condiciones de reclusión en la construcción de su identidad personal: “La adolescencia es una etapa vital [...] en la que las personas forjan sus identidades personales y comunitarias, a partir del diálogo que entablan con su historia familiar y cultural, así como aquélla donde comienzan a impartir un sentido y propósito a su vida”.¹⁶⁹

Agrega que, “los centros que alojan personas adolescentes privadas de libertad —que constituyen per se un grupo vulnerable— deberán asegurar la accesibilidad para los niños o las niñas con discapacidad; la identidad cultural de los niños o las niñas pertenecientes a las minorías culturales, étnicas o religiosas; la perspectiva de género y la inclusión de los niños o niñas pertenecientes al colectivo LGBTQ+”. Por lo que, “de-

¹⁶⁹ *Caso adolescentes reclusos en Centros de Detención e Internación Provisoria del Servicio Nacional de Menores (SENAME) vs. Chile*, Corte IDH, serie C 547, 2004, párrafo 86.

be tenerse en cuenta que las condiciones de vida inadecuadas pueden privar a los niños, niñas y adolescentes del disfrute de estos derechos”.¹⁷⁰

En materia de identidad personal, el Tribunal Constitucional, conociendo de requerimientos de inaplicabilidad del artículo 93 número 6 de la Constitución, discurre acerca del derecho a la identidad personal y reconoce que se trata de un derecho implícito en la Constitución:

(...) El derecho a la identidad personal comprende —en un sentido amplio— la posibilidad de que todo ser humano sea uno mismo y no otro y, en un sentido restringido, el derecho de la persona a ser inscrita inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre desde que nace y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Desde este punto de vista existe una estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana —piedra angular de todo el edificio de los derechos fundamentales— pues ésta solo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar a ser reconocida como tal dentro de la sociedad.¹⁷¹ Desde este punto de vista, el derecho a la identidad personal goza de un status similar al del derecho a la nacionalidad del que una persona no puede carecer.¹⁷²

Si bien esta forma de entender el derecho a la identidad personal se deriva del artículo 7° de la Convención sobre los Derechos del Niño, no cabe restringir su reconocimiento y protección a los menores de edad. Ello, porque el derecho a la identidad personal constituye un derecho personalísimo, inherente a toda persona, independientemente de su edad, sexo o condición social.¹⁷³

Aun cuando la Constitución chilena no lo reconozca expresamente en su texto [el derecho a la identidad personal], ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección. Lo anterior, precisamente, por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque tampoco puede desconocerse que él sí se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país, como la Convención sobre los Derechos del Niño

170 *Caso adolescentes reclusos en Centros de Detención e Internación Provisoria del Servicio Nacional de Menores (SENAME) vs. Chile*, Corte IDH, serie C 547, 2004, párrafo 176.

171 Tribunal Constitucional, rol 834-2008, considerando décimo quinto.

172 Tribunal Constitucional, rol 1340-09, considerando décimo, replicando fallo rol 834-2008, considerando décimo quinto, y luego, añadiendo esta referencia sobre la similitud en su esencia con el derecho a la nacionalidad.

173 Tribunal Constitucional, rol 1340-09, considerando décimo.

(artículo 7°), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 24.2) y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 18).¹⁷⁴

El artículo 206 del Código Civil restringe la posibilidad de obtener el reconocimiento de la paternidad, por lo que acoge requerimiento de inaplicabilidad, ya que pugna con el derecho a la identidad personal, fundado en la dignidad humana consagrada en el artículo primero de la Constitución y los tratados internacionales aplicables en virtud del artículo quinto inciso segundo. Establece que el derecho a la identidad personal resulta lesionado por haberse aprobado por el legislador y, eventualmente, por aplicarse por el juzgador, una norma que limita la posibilidad procesal de que una persona conozca su origen y, por ende, su posición dentro de la sociedad.¹⁷⁵

Para ilustrar la aplicación del control de convencionalidad, sin que la sentencia lo explicita como tal, la Corte Suprema rechaza recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de sentencia del Juzgado de Familia de Rancagua que acogió la excepción de posesión notoria de estado civil y rechazó las demandas de impugnación y de reclamación del padre biológico del niño.¹⁷⁶ El fallo de casación destaca que:

La judicatura del fondo dio por configurados los presupuestos de la excepción posesión notoria del estado civil, señalando que el derecho a la identidad es uno de los pilares fundamentales en que se erige el estatuto filiativo, que contempla como una de sus maneras de acreditación a la posesión notoria del estado civil, que prefiere a la prueba pericial biológica, salvo que hayan graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicarla, favoreciéndose la realidad consolidada que se sustenta en la paternidad ejercida como tal, en cuanto genera afectos y sentimientos que trascienden lo puramente biológico, por lo que la conveniencia y protección del hijo es el primer motivo que se debe considerar para resolver, a lo que debe sumarse el interés superior del niño, parámetro que exige aplicar lo que resulte más aconsejable para posibilitar la mayor satisfacción a los requerimientos de la vida, orientada al equilibrado y sano desarrollo de su personalidad, en un ambiente de afecto, contención y formación integral.¹⁷⁷

174 Tribunal Constitucional, rol 834-08, considerando vigésimo segundo. En el mismo sentido, Tribunal Constitucional, rol 1340-09, considerando octavo y noveno.

175 Tribunal Constitucional, rol 1340-09, considerandos décimo quinto y vigésimo séptimo.

176 Corte Suprema, rol 207.718-2023, 2024, vistos.

177 Corte Suprema, rol 207.718-2023, 2024, considerando segundo.

Además, destaca que “de todas maneras el hijo tendrá acción de impugnación cuando llegue a la mayoría de edad, preservando así su derecho a la identidad que posee un aspecto dinámico, en cuanto se construye con las experiencias de vida, el lugar dónde se crece, la educación que se recibe, entre otros aspectos, por lo que puede afirmarse ha forjado algunos rasgos de su personalidad, entre ellos, el ser hijo de una persona determinada”.¹⁷⁸

Luego, la sentencia integra, al interpretar el contenido del derecho a la identidad, aquellos tratados internacionales que lo reconocen:

El derecho a la identidad no se limita a considerar el aspecto físico o biológico de la persona, sino que comprende su bagaje espiritual, intelectual, político y profesional entre otras peculiaridades de cada uno, se proyecta socialmente merced a la exteriorización de éstas, y encuentra su fundamento axiológico en la dignidad del ser humano por el hecho de ser tal: se trata entonces de un derecho autónomo, personalísimo y por sobre todo inalienable, siendo por ende merecedor de la tutela jurídica que el derecho debe proporcionarle.

Y esta tutela, en lo que atañe al recurso de nulidad esencial de autos, le está dada por los mencionados preceptos 200 y 201 del Código Civil, refrendados por el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹⁷⁹

3.2. La identidad cultural

En el caso *Huilcamán Paillama y otros vs. Chile* (2024) la Corte Interamericana entiende al derecho a la libre determinación de los pueblos como integrante del derecho a la identidad cultural. En el caso se declara la responsabilidad del Estado de Chile por distintas violaciones a los derechos humanos cometidas con ocasión del proceso penal contra 135 personas integrantes del Pueblo indígena Mapuche, en el contexto de las acciones emprendidas por la organización Consejo de Todas las Tierras en el periodo 1989-1992, con el objeto de exigir la reivindicación de sus derechos.

La Corte IDH determinó que la actuación del ministro en visita extraordinaria, quien formuló la acusación y dictó la sentencia de primera instancia, estuvo guiada por un sesgo discriminatorio, prejuicios fundados en estereotipos étnicos y la idea preconcebida acerca del carácter ilegítimo e ilegal de la organización Consejo de Todas las Tierras. En

178 Corte Suprema, rol 207.718-2023, 2024, considerando segundo.

179 Corte Suprema, rol 207.718-2023, 2024, considerando cuarto.

este contexto, el proceso penal configuró la criminalización de los actos de protesta social pacífica emprendidos por las víctimas en su objetivo de demandar y exigir soluciones a los reclamos permanentes relacionados con la problemática agraria que ha afectado al pueblo mapuche. La Corte Interamericana declaró que Chile vulneró varios derechos de las víctimas, incluido el derecho de reunión y el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales, reconocidos, respectivamente, en los artículos 15 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Respecto de este último, reitera la interpretación realizada en otros casos por la Corte, en cuanto el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales es un derecho protegido por la Convención Americana y que tiene su fundamento en el derecho a la identidad cultural, como componente del derecho a participar en la vida cultural, reconocido a partir del contenido del artículo 26 de la Convención y que este tiene una doble proyección: interna y externa. En la dimensión interna protege los rasgos distintivos que caracterizan a un grupo social, sin que ello implique negar el carácter histórico, dinámico y evolutivo de la cultura, y tutela, entre otros aspectos, la posibilidad de “seguir una forma o estilo de vida” y “participar en el desarrollo” de la cultura a la que se pertenece. Dicha participación comprende el ejercicio de prácticas culturales, incluso las relacionadas con instituciones específicas, lo que puede abarcar, según el caso, modos de organización y elección de autoridades o representantes. Por su parte, la dimensión externa alcanza el derecho de los pueblos a elegir sus propias autoridades o representantes, así como a participar en los procesos de adopción de decisiones que puedan afectarles, aspectos que también encuentran protección al amparo del artículo 23 de la Convención), entendiendo que implica, según lo ha afirmado el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a determinar libremente su condición política y el lugar que deben ocupar en la comunidad internacional sobre la base del principio de igualdad de derechos y tomando como ejemplo la liberación de los pueblos del colonialismo y la prohibición de someter a los pueblos a toda sujeción, dominio y explotación del extranjero. Luego, las autoridades de la época, tanto políticas como judiciales, no proveyeron mecanismos adecuados de solución y atención a las demandas. Por el contrario, la respuesta que dieron fue la criminalización de la protesta social. Destaca que, a diferencia de otros actos de protesta social, los desarrollados por las víctimas involucraban la toma u ocupación de terrenos de

propiedad privada. Se trataba de terrenos ubicados en áreas rurales, sin construcciones relevantes destinadas a vivienda, industria o alguna otra actividad específica, que las víctimas habrían ocupado temporalmente, sin oponer resistencia ante el desalojo y las detenciones emprendidas por las fuerzas de seguridad. Por consiguiente, dichos actos de protesta social no quedaban fuera del ámbito de protección de la Convención, en tanto el lugar de su ejecución no condicionaba su naturaleza pacífica ni negaba que se trataba del ejercicio de distintos derechos.¹⁸⁰

En la Corte Suprema chilena, en relación con la identidad cultural de los pueblos indígenas, destaca el voto disidente del Ministro Blanco, conociendo recurso de casación en el fondo respecto de causa en la que no se declaró la nulidad de compraventas de terrenos por adolecer de objeto ilícito al haberse infraccionado el artículo 13 de la Ley Indígena.¹⁸¹

El Ministro Blanco, quien fue de la opinión de acoger el recurso de casación en el fondo y dictar sentencia de reemplazo que haga lugar a la demanda en cuanto a declarar de oficio la nulidad de los actos y contratos referidos, tuvo en consideración las siguientes argumentaciones:

- El derecho a la propiedad (artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) posee una importancia singular para los pueblos indígenas y tribales, porque se erige como una garantía de acceso a la titularidad de la propiedad territorial que es esencial para su existencia como pueblo autóctono, también para el desarrollo de su cultura, la vida espiritual, la integridad y la supervivencia económica de las comunidades indígenas que, además, incluye el uso y disfrute de sus derechos naturales.¹⁸²
- El derecho de propiedad que poseen los pueblos originarios sobre sus tierras y que conforman el territorio indígena, es un pilar fundamental de su existencia como pueblo, por ello es parte integrante y relevante del corpus iuris de los derechos humanos, prerrogativas a las cuales busca dar protección la comunidad internacional a través de diversos mecanismos legales y supraleales.

180 Caso *Huilcamán Paillama y otros vs. Chile*, Corte IDH, serie C 527, 2024, párrafos 252-266.

181 *Painequir con Ubilla*, Corte de Apelaciones de Temuco, rol 190-2020, 2021.

182 *Painequir con Ubilla*, Corte Suprema, rol 28.614-2022, 2022, voto disidente del Ministro Blanco, considerando quinto.

Es así, que el adecuado ejercicio de esos dispositivos se endereza con el fin de dar amparo en sus derechos a los indígenas como individuos y también como integrantes de una colectividad.¹⁸³

- La férrea vinculación que poseen las comunidades indígenas con sus tierras desborda los límites del objeto de protección del derecho de propiedad tradicional, puesto que para los pueblos originarios su territorio es consustancial a su vida y la tutela efectiva se traduce en la genuina preservación de sus bienes que son de carácter indisponible.¹⁸⁴

Los instrumentos internacionales que menciona el ministro en el voto disidente sobre el tema son el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre.¹⁸⁵

Al respecto, destaca que el Convenio 169 de la OIT, es el instrumento internacional de derechos humanos específico más relevante para los derechos de los indígenas, por ende, es directamente pertinente para la interpretación del alcance de los derechos de los pueblos indígenas y tribales y sus miembros, en particular bajo la Declaración Americana. En torno a este punto específico, los órganos de protección de la OIT han estatuido que los derechos sobre las tierras ocupadas tradicionalmente no tienden solamente a preservar la propiedad y posesión sino también la propia sobrevivencia de los pueblos indígenas como tales y su continuidad histórica. Y que los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación. La posesión tradicional de los territorios ancestrales tiene efectos equivalentes al título de pleno

183 *Painequir con Ubilla*, Corte Suprema, rol 28.614-2022, 2022, voto disidente del Ministro Blanco, considerando sexto.

184 *Painequir con Ubilla*, Corte Suprema, rol 28.614-2022, 2022, voto disidente del Ministro Blanco, considerando noveno.

185 *Painequir con Ubilla*, Corte Suprema, rol 28.614-2022, 2022, voto disidente del Ministro Blanco, considerando sexto.

dominio emitido por el Estado, y otorga a los pueblos indígenas y tribales el derecho al reconocimiento oficial de su propiedad y su registro. También la Corte Interamericana ha explicado que, como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. Al mismo tiempo, debe ponerse énfasis en que la posesión de los territorios ancestrales no es un requisito que condicione la existencia, reconocimiento o restauración del derecho a la propiedad de un pueblo indígena o tribal; en efecto, los pueblos o comunidades indígenas que han perdido la posesión de sus territorios en forma total o parcial mantienen sus derechos plenos de propiedad sobre los mismos, y tienen derecho a reivindicar y obtener su restitución efectiva.¹⁸⁶

Añade que el artículo 25 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas manifiesta que “los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras”.¹⁸⁷

Por otra parte, destaca que la falta de demarcación y titulación de las tierras ancestrales indígenas obstaculiza su uso y disfrute, incluidos los recursos naturales que forman parte de ellas, por lo que “su recuperación, reconocimiento, demarcación y registro de esas tierras importan derechos fundamentales para la integridad comunitaria y su preservación cultural”. Y, en este contexto, conforme lo ha expresado el sistema interamericano, “el Estado debe abstenerse de todo acto que pueda dar lugar a que funcionarios estatales o particulares, éstos últimos con tolerancia del ente público, afecten la existencia, el valor, el uso o goce de los bienes ubicados en la zona ocupada y usada por el pueblo originario, vale decir, que como parte del derecho a la propiedad bajo la seguridad jurídica que proporcionan los instrumentos interamericanos de derechos humanos, los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a la posesión, al uso, a la ocupación y a la de sus territorios ancestrales, así como el reconocimiento por los Estados de sus derechos permanentes e inalienables de uso, y a su respecto, el ente estatal tiene una obligación

¹⁸⁶ *Painequir con Ubilla*, Corte Suprema, rol 28.614-2022, 2022, voto disidente del Ministro Blanco, considerando séptimo.

¹⁸⁷ *Painequir con Ubilla*, Corte Suprema, rol 28.614-2022, 2022, voto disidente del Ministro Blanco, considerando séptimo.

correlativa de prevenir y de impedir la usurpación de tierras indígenas por terceros ajenos a la comunidad y de volver a ubicar a aquellos ocupantes no indígenas asentados en el lugar”.¹⁸⁸

Luego, alude expresamente a la necesidad de realizar un control de convencionalidad en esta materia, “herramienta jurídica de aplicación obligatoria ex officio por los órganos del Poder Judicial, complementaria al control de constitucionalidad, que permite garantizar que la actuación de dichos órganos resulte conforme a las obligaciones contraídas por el Estado respecto del Tratado del cual es parte. La judicatura al decidir el conflicto jurídico debe constatar que la normativa aplicada al caso se adecue a las obligaciones aceptadas por el Estado en los respectivos Tratados Internacionales suscritos, y ello se efectúa al comparar las disposiciones internas, las del Convenio y la interpretación que ha realizado la Corte Interamericana sobre estos tópicos. En suma, los jueces en la resolución de disputas territoriales en que el derecho de propiedad indígena esté comprometido deben poner especial atención, que las tierras para los pueblos originarios resultan esenciales para la preservación de la cultura e integridad indígena y su existencia, tal como ha sido la intención del Legislador en la Ley 19.253. Congruentemente, los estándares internacionales, reconocen que la posesión ancestral constituye título suficiente del derecho de propiedad, independiente del reconocimiento estatal, no obstante diferir en cuanto a la fuente” (los organismos interamericanos basan el derecho de propiedad indígena en el acatamiento al derecho consuetudinario de la comunidad respectiva, mientras que para los órganos de la OIT encuentra su fundamento en el artículo 14 del Convenio).¹⁸⁹

3.3. La identidad de género

En el emblemático caso *Karen Atala Riffó y niñas vs. Chile* (2012) la Corte Interamericana declaró la responsabilidad del Estado chileno por haber vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a la vida privada, protección a la honra y a la dignidad a propósito de proceso de custodia de sus tres hijas, por considerar que su orienta-

¹⁸⁸ *Painequir con Ubilla*, Corte Suprema, rol 28.614-2022, 2022, voto disidente del Ministro Blanco, considerandos octavo y noveno.

¹⁸⁹ *Painequir con Ubilla*, Corte Suprema, rol 28.614-2022, 2022, voto disidente del Ministro Blanco, considerando décimo.

ción sexual y su convivencia con pareja del mismo sexo les producirían un daño.¹⁹⁰

Respecto al derecho a la igualdad y no discriminación, la Corte estableció que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana bajo el término “otra condición social” establecido en el artículo 1.1 de la Convención. Por ello, se encuentra proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno —sea por parte de autoridades estatales o por particulares— pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.¹⁹¹

La Corte consideró que, para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre. Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias “para hacer efectivos” los derechos establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano, por lo que ellos deben propender (precisamente por enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias), a evitar la exclusión o negación de una determinada condición. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos.¹⁹²

Por otra parte, a propósito del caso *Pávez Pávez vs. Chile* (2022) se declaró la responsabilidad internacional del Estado de Chile por la violación a los derechos a la igualdad y no discriminación, a la libertad personal, a la vida privada, y al trabajo, reconocidos en los artículos 24, 1.1, 7, 11 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

190 Corte IDH, caso *Karen Atala Riffo y niñas vs. Chile*, serie C 239, 2012, puntos resolutivos.

191 Corte IDH, caso *Karen Atala Riffo y niñas vs. Chile*, serie C 239, 2012, párrafos 83-93.

192 Caso *Karen Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Corte IDH, serie C 239, 2012, párrafos 115-122.

en perjuicio de Sandra Pávez Pávez, profesora de religión católica en un colegio público de la Municipalidad de San Bernardo, a quien se le revocó su certificado de idoneidad para dictar clases de religión católica. Señala que si bien no cabe duda de que las comunidades religiosas pueden designar a quiénes impartirán la enseñanza sobre su propio credo, cuando ésta tiene lugar en establecimientos públicos, el Estado debe habilitar el acceso para las personas eventualmente perjudicadas en sus derechos a una vía administrativa o jurisdiccional que permita revisar esas decisiones en cuanto habilitación para el ejercicio de la docencia. Sostuvo, asimismo, que el Estado no puede renunciar a su función de control sobre los derechos eventualmente afectados en estos actos dictados por delegación y tiene la obligación de establecer reglas claras y eficaces para la protección de los derechos.

El Tribunal ha precisado que la protección del derecho a la vida privada no se limita al derecho a la privacidad, pues abarca una serie de factores relacionados con la dignidad de la persona, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar su propia personalidad, aspiraciones, determinar su identidad y definir sus relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. Asimismo, la vida privada comprende la forma en que la persona se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, siendo esto una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad.¹⁹³

Ahora bien, un aspecto central del reconocimiento de la dignidad lo constituye la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. En este marco, juega un papel fundamental el principio de la autonomía de la persona, el cual limita toda actuación estatal que procure la instrumentalización de la persona, a saber, que lo convierta en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad, dentro de los límites que impone la Convención. De esa forma, de conformidad con el principio del libre

193 Corte IDH, caso *Pávez Pávez vs. Chile*, serie C 449, 2022, párrafo 60.

desarrollo de la personalidad o a la autonomía personal, cada persona es libre y autónoma de seguir un modelo de vida de acuerdo con sus valores, creencias, convicciones e intereses.¹⁹⁴ Uno de los componentes esenciales de todo plan de vida y de la individualización de las personas es precisamente la orientación sexual y la identidad sexual.¹⁹⁵

En relación con la orientación sexual y la identidad sexual, la Corte reitera que las mismas también se encuentran ligadas al concepto de libertad y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones, así como al derecho a la protección de la vida privada. Así, frente a la orientación sexual y a la identidad sexual, el tribunal estableció que la vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad la orientación sexual de la persona, la cual dependerá de cómo ésta se auto-identifique, en el que también influye.¹⁹⁶

En materia de derecho a la identidad de género, en el ámbito interamericano, también es relevante la Opinión Consultiva OC-24/17, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo de la Corte Interamericana, la cual se refiere al derecho a la identidad, enfatizando cuál es su contenido y en qué consisten las obligaciones estatales a su respecto.

En este sentido, suele formularse la pregunta de si el control de convencionalidad implica una aplicación de las sentencias de la Corte Interamericana, o también, sus opiniones consultivas. Ahora, se debe clarificar que el control de convencionalidad no se trata del mecanismo para ejecutar sentencias de la Corte en el orden interno, aunque pareciera serlo en las materias en las que existe una sentencia que declara la responsabilidad del Estado y se sigue ese razonamiento en casos futuros similares, por lo que debido al efecto reflejo de las sentencias internacionales, se convierte en garantía de no repetición, como hemos analizado previamente ocurre en materia de justicia transicional chilena. Sin embargo, el control de convencionalidad no solo opera cuando hay una sentencia que declara la responsabilidad del Estado, también los Estados parte deben seguir las interpretaciones de la Corte, aunque

194 Corte IDH, caso *Pávez Pávez vs. Chile*, serie C 449, 2022, párrafo 59.

195 Corte IDH, caso *Pávez Pávez vs. Chile*, serie C 449, 2022, párrafos 62-63.

196 Corte IDH, caso *Pávez Pávez vs. Chile*, serie C 449, 2022, párrafo 64.

el Estado responsable sea otro, como hemos visto ocurre en materia de movilidad humana. Así las cosas, en el caso de las opiniones consultivas, estas también son fuentes que expresan la interpretación de la Corte respecto de algún derecho contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos,¹⁹⁷ por tanto, integra el denominado “estándar interamericano”.

En la década de los noventa, cuando empieza el desarrollo en el derecho internacional de los derechos humanos de la especial protección de los grupos vulnerables, el término *estándar* se entendía como la protección mínima que se exigía a los estados respecto de los derechos humanos.¹⁹⁸ En cambio, en la actualidad el término “estándares internacionales”, en el plano normativo y en correlación con el enfoque basado en derechos humanos, significa que para interpretar las normas sobre derechos humanos, y en especial el contenido y alcance de los derechos, se utilizará no solo las disposiciones contenidas en los tratados, sino que además las fuentes normativas que los interpreten, siendo las más relevantes, en el plano universal, las observaciones generales de los Comités especializados que supervisan el cumplimiento de los tratados,¹⁹⁹ y en

197 Sagüés (2015).

198 Esta idea de estándar de conducta prevalece entre algunos autores y, por tanto, la critican, v.gr. Tapia y Candia (2023), ya que entienden que las obligaciones estatales solo las pueden establecer los tratados internacionales, no estándares de conducta no recogidos en instrumentos convencionales. A lo que adherimos, por cierto, pero es relevante hacer la distinción entre fuentes que emanan de un intérprete auténtico de la Convención, como lo es la Corte Interamericana. Las fuentes de interpretación que emanan de la jurisprudencia contenciosa y consultiva de la Corte Interamericana poseen una mayor fuerza vinculante que otros instrumentos extraconvencionales, ya que la propia Convención es quien le otorga esa facultad a la Corte en sus arts. 62 a 64, por tanto, el Estado ratificante de la Convención que ha reconocido la competencia de la Corte para interpretar la Convención, sí está obligado a sus sentencias y opiniones consultivas. Al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado de Chile realiza una declaración de reconocimiento de competencia, que indica: “El Gobierno de Chile declara que reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de esta Convención de conformidad con lo que dispone su artículo 62”. Por tanto, ha consentido en la facultad de intérprete auténtico de la Corte, por lo que no la puede desconocer.

199 No confundir con el mecanismo de informes periódicos ante los Comités, función relacionada con el deber de rendición de cuentas, instancia en la cual el Comité en un informe de “Observaciones y Conclusiones u de Observaciones Finales” realiza una serie de recomendaciones al Es-

el plano interamericano, la jurisprudencia contenciosa y consultiva de la Corte Interamericana. En consecuencia, no se debe atender solo las sentencias que declaran la responsabilidad de algún Estado, sino también las opiniones consultivas en repuesta de alguna consulta que los propios Estados realicen a la Corte. En síntesis, se ha acuñado el concepto de “estándar internacional” para referirse a las obligaciones contenidas en los tratados internacionales vinculantes y la interpretación autorizada que realizan ciertos organismos internacionales que coadyuvan a una correcta determinación del contenido y alcance de la norma.²⁰⁰

A continuación, se presentan las principales conclusiones de la Corte sobre el contenido y alcance de derecho a la identidad en la OC 24/17:²⁰¹

- El nombre como atributo de la personalidad, constituye una expresión de la individualidad y tiene por finalidad afirmar la identidad de una persona ante la sociedad y en las actuaciones frente al Estado. Con él se busca lograr que cada persona posea un signo distintivo y singular frente a los demás, con el cual pueda identificarse y reconocerse como tal. El derecho al nombre (artículo 18 de la Convención y otros instrumentos internacionales), constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado.
- Los Estados tienen la obligación no solo de proteger el derecho al nombre, sino también de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona. Este derecho implica, por ende, que los Estados deben garantizar que la persona sea inscrita con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción ni interferencia en la decisión de escoger el nombre y, una vez registrada la persona, que sea posible preservar y restablecer su nombre y su apellido.
- Asimismo, es posible inferir que el derecho al reconocimiento de la identidad de género implica necesariamente el derecho a que los datos de los registros y en los documentos de identidad correspondan a la identidad sexual y de género asumida por las

tado informante para que mejore en la praxis la protección de los derechos y las obligaciones asumidas en el tratado que está siendo supervisado. Las Observaciones Generales que son parte del estándar internacional son aquellas que interpretan alguna disposición del tratado, en general, para todos los Estados. ACNUDH (1996-2025).

200 Contreras (2017: 147-148); Molina (2018: 242); Díaz (2020b: 316).

201 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, párrafos 106 a 161.

- personas transgénero. Los Estados deben respetar y garantizar a toda persona la posibilidad de registrar y/o de cambiar, rectificar o adecuar su nombre y los demás componentes esenciales de su identidad como la imagen, o la referencia al sexo o género, sin interferencias por parte de las autoridades o de terceros.
- Los Estados cuentan con la posibilidad de establecer y decidir sobre el procedimiento más adecuado de conformidad con las características propias de cada contexto y de su derecho interno, los trámites o procedimientos para el cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que sean acordes con la identidad de género auto-percibida, independientemente de su naturaleza jurisdiccional o materialmente administrativa, deben cumplir con los siguientes requisitos:
 - a) deben estar enfocados a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida;
 - b) deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes;
 - c) deben ser confidenciales;
 - d) deben ser expeditos, y en la medida de lo posible, deben tender a la gratuidad, y
 - e) no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales.
 - En cuanto a los requisitos de certificados de buena conducta o policiales, se entiende que si bien los mismos pueden buscar una finalidad legítima, la cual únicamente podría consistir en que las solicitudes de adecuación de los registros y de los documentos de identidad no tengan el propósito y/o el efecto de eludir la acción de la justicia, también se puede entender que ese requisito resulta en una restricción desproporcionada en la medida que se traslada de forma irrazonable al solicitante del procedimiento una obligación del Estado, que no es otra que la armonización de los registros en los cuales constan los datos de identidad de las personas.
 - Tanto los procedimientos como las rectificaciones realizadas a los registros y los documentos de identidad de conformidad con la identidad de género auto-percibida no deben ser de acceso público, ni tampoco deben figurar en el mismo documento de

identidad. Lo anterior resulta consistente con la íntima relación existente entre el derecho a la identidad y el derecho a la vida privada.

- En lo que respecta a la regulación de los procedimientos de cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad de niños y niñas, los derechos contenidos en instrumentos generales de derechos humanos deben ser interpretados tomando en consideración el *corpus juris* sobre derechos de infancia, siendo fundamental el principio de la autonomía progresiva, el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña o del niño, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respeto a la opinión del niño o de la niña en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación.
- El trámite o procedimiento tendiente al reconocimiento de la identidad de género auto-percibida de una persona consistiría en un proceso de adscripción que cada persona tiene derecho a realizar de manera autónoma, y en el cual el papel del Estado y de la sociedad debe consistir meramente en reconocer y respetar dicha adscripción identitaria, sin que la intervención de las autoridades estatales tenga carácter constitutivo de la misma. Es así como el referido procedimiento no puede bajo ningún concepto convertirse en un espacio de escrutinio y validación externa de la identificación sexual y de género de la persona que solicita su reconocimiento. Por tanto, el procedimiento que mejor se ajusta a los requisitos establecidos en esta opinión es el que es de naturaleza materialmente administrativa o notarial, dado que el proceso de carácter jurisdiccional eventualmente puede incurrir, en algunos Estados, en excesivas formalidades y demoras que se observan en los trámites de esa naturaleza.
- La autoridad encargada de dicho trámite únicamente podría oponerse a dicho requerimiento, sin violar la posibilidad de autodeterminarse y el derecho a la vida privada del solicitante, si constatará algún vicio en la expresión del consentimiento libre e informado del solicitante. Es decir, que una decisión relacionada con una solicitud de adecuación o rectificación con base en la identidad de género no debería poder asignar derechos, únicamente puede ser de naturaleza declarativa puesto que se deberá

limitar a verificar si se cumple con los requisitos inherentes a la manifestación de la voluntad del requirente.

- La regulación del procedimiento de cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que puedan ser conformes con la identidad de género auto-percibida, no necesariamente debe ser regulado por ley en la medida que el mismo debe consistir únicamente en un procedimiento sencillo de verificación de la manifestación de voluntad del requirente.

Lo señalado anteriormente puede cotejarse con un caso de la Corte Suprema que ha versado sobre el derecho a la identidad, a fin de evaluar su ajuste al estándar internacional explicitado, el cual enfatiza que desde el 2018 en Chile la Ley 21.120 reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, recogiendo en sus disposiciones los estándares interamericanos referidos.

En el caso, la Corte Suprema confirma una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que acoge recurso de protección en contra de la Universidad de Playa Ancha interpuesto por una funcionaria que había sido sancionada por procedimiento sumario por violencia de género y acoso discriminatorio, debido a vicios procedimentales del sumario administrativo que afectaron el debido proceso.²⁰² Para resolver la apelación, la Corte Suprema precisa el concepto de identidad de género utilizando el estándar internacional, y refiere especialmente a la Recomendación General 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 2015 y la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana número 24 de 2017.²⁰³

- El Comité de la Convención para la Eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer estableció que el concepto género se refiere a las identidades, los atributos y las funciones de las mujeres y los hombres contruidos socialmente y el significado cultural impuesto por la sociedad a las diferencias biológicas, que se reproducen constantemente en los sistemas de justicia y sus instituciones.
- La Corte Interamericana de Derechos Humanos definió este concepto como “las identidades, las funciones y los atributos contruidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado

202 *Saldivia con Universidad de Playa Ancha*, Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 3483-2024, 2024.

203 *Saldivia con Universidad de Playa Ancha*, Corte Suprema, rol 28.275-2024, 2024, considerandos sexto y séptimo.

social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas” y, asimismo, en lo pertinente al proceso en estudio, se delimitó el sistema binario como un modelo social y cultural dominante en la cultura occidental que considera que el sexo y el género abarca solo dos categorías rígidas: masculino/hombre y femenino/mujer, excluyendo a quienes no se enmarcan en esas categorías.

- Si el género es una “construcción social y cultural de las diferencias sexuales o biológicas de las personas, se colige que las características que se atribuyen a mujeres y hombres corresponden a un hecho social, es decir, están determinadas culturalmente, en consecuencia, las nociones y definiciones vinculadas a la identidad de género y a la orientación sexual de las personas responden a una dinámica conceptual sumamente cambiante y en constante revisión. Por otra parte, asumir definiciones en esta materia es sumamente delicado, toda vez que fácilmente se puede incurrir en encasillamiento o clasificación de personas, lo que debe evitarse cuidadosamente.

Además, se destaca lo que indica respecto del Protocolo para prevenir, investigar, sancionar y reparar el acoso, discriminación, hostigamiento, violencia de género y contra diversidades sexo genéricas adoptado por la Universidad de Playa Ancha, y los hechos que fueron objeto de la investigación sumaria. Como señala el fallo:²⁰⁴

Se devela la necesidad de capacitación de la comunidad universitaria en su conjunto en esta área, puesto que, refieren a cambios de conductas en el trato social lo cual, conforme hemos analizado, no importan una transformación inmediata, sino que requiere de una aceptación progresiva de los intervinientes, lo cual se logra, especialmente, a través de la educación y capacitación de todos los involucrados, porque el comportamiento humano entendido, para este caso, como la manera de conducirse de las personas en su relación con el otro, se estructura sobre la base del ambiente físico o social que le rodea y al cual aquella debe adaptarse, con el fin de mantener y sobrellevar la vida en comunidad, cuestión que consigue mediante la educación y el establecimiento de reglas, parámetros y pautas de conductas.

Así, para el caso en concreto, dicho comportamiento se traduce en no menoscabar o afectar a las personas a quienes se reconoce el derecho a la identidad de género, lo cual, se consigue con el entendimiento y aceptación de dichos conceptos por una comunidad instruida sobre el tema, de manera tal que le permita ir reflexionado y con ello, adecuando paulatinamente su

204 *Saldivia con Universidad de Playa Ancha*, Corte Suprema, rol 28.275-2024, dos de diciembre de 2024, considerando décimo tercero.

conducta, porque es evidente que una ley, puede ayudar pero no logra el cambio que se pretende obtener como sociedad, puesto que, siempre llegara en forma posterior a los acontecimientos, de allí la imperiosa necesidad de prevenir a través de la educación en la materia.

4. Presunción de inocencia y la prisión por deudas

El artículo 7.7. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, referente al derecho a la libertad personal, establece que “nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana,

El artículo 7 de la Convención tiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí: una general y otra específica. La general se encuentra en el primer numeral: “[t]oda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales”. Mientras que la específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (artículo 7.2) o arbitrariamente (artículo 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (artículo 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (artículo 7.5), a impugnar la legalidad de la detención (artículo 7.6) y a no ser detenido por deudas (artículo 7.7). Cualquier violación de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención acarreará necesariamente la violación del artículo 7.1 de la misma.²⁰⁵

Aunque ya hemos mencionado jurisprudencia de la Corte Suprema sobre este tema, en razón del recurso de amparo, debemos señalar que en el Tribunal Constitucional existen numerosos casos sobre la temática de la prisión por deudas incorporando en el razonamiento la Convención Americana.²⁰⁶

205 Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, Corte IDH, serie C 170, 2007, párrafo 51; caso *Jenkins vs. Argentina*, Corte IDH, serie C 397, 2019, párrafo 71; caso *Carranza Alarcón vs. Ecuador*, Corte IDH, serie C 399, 2020, párrafo 60.

206 Tribunal Constitucional, 2023, Buscador de sentencias por contenido, disponible en http://tcchile.cl/busqueda/buscador_contenido.php

Rol ²⁰⁷	Fecha	Año	Materia
807	2007-10-04	2007	Prisión por deudas. Eventual pérdida de libertad por no pago de indemnización civil emanada de la comisión de un delito.
576	2007-04-24	2007	Prisión por deudas; incumplimiento de obligaciones previsionales que incluso tienen carácter análogo a deberes alimentarios.
519	2007-06-05	2007	Prisión por deudas; incumplimiento de obligaciones previsionales que incluso tienen carácter análogo a deberes alimentarios.
3539	2018-03-06	2017	Prisión por deudas; incumplimiento de obligaciones previsionales que incluso tienen carácter análogo a deberes alimentarios.
3540	2018-03-06	2017	Prisión por deudas; incumplimiento de obligaciones previsionales que incluso tienen carácter análogo a deberes alimentarios.
3541	2018-03-06	2017	Prisión por deudas; incumplimiento de obligaciones previsionales que incluso tienen carácter análogo a deberes alimentarios.
3865	2018-08-16	2017	Prisión por deudas; incumplimiento de obligaciones previsionales que incluso tienen carácter análogo a deberes alimentarios.
4465	2018-08-16	2018	Prisión por deudas; incumplimiento de obligaciones previsionales que incluso tienen carácter análogo a deberes alimentarios.
4074	2019-04-25	2019	Prisión por deudas. Eventual pérdida de libertad por no pago de multa impuesta por sentencia judicial.
3712	2019-04-10	2019	Prisión por deudas. Eventual pérdida de libertad en proceso de ejecución de una sentencia condenatoria firme penal; conversión de una multa a prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

A continuación, seleccionamos aquellos razonamientos más relevantes en la materia contenidos en estas sentencias:

- El arresto decretado judicialmente por incumplimiento de pago de cotizaciones previsionales se trata de un arresto por incumplimiento de una obligación legal, por lo que no constituye una

²⁰⁷ Tabla de elaboración propia.

prisión por deudas e incluso tiene el carácter de alimentario. Cuando el empleador no consigna las sumas descontadas de la remuneración del trabajador, con sus respectivos reajustes e intereses y, debido a ello, se ve compelido a hacerlo a través del apremio personal o arresto, forzoso es concluir que no lo está siendo en virtud del incumplimiento de una supuesta deuda puramente convencional, sino que proviene de la infracción de un deber que impone la ley, en atención a razones de bien común. Por tanto, no estamos frente a un caso de prisión por deudas, toda vez que el empleador se apropia o distrae dinero de propiedad de un tercero, el trabajador.²⁰⁸

Luego, interpreta que la excepción establecida en el artículo 7.7 de la Convención Americana, en tanto la prohibición de prisión por deudas “no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios” tiene por finalidad proscribir la privación de libertad derivada de deudas propiamente civiles y, en modo alguno, al incumplimiento de las obligaciones legales que involucran intereses de toda la sociedad.²⁰⁹

En efecto, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”, esto es, una deuda emanada de un contrato puramente civil. De modo que cuando un tribunal impone la privación de libertad para compeler al cumplimiento de una obligación legal ello no importa una vulneración de la prohibición de la prisión por deudas.²¹⁰ Por lo que tiene cierta analogía o similitud con el cumplimiento

208 Tribunal Constitucional, rol 576-07, considerandos vigésimo tercero a trigésimo; Tribunal Constitucional, rol 519-07, considerandos vigésimo tercero a vigésimo quinto; Tribunal Constitucional, rol 3539-17, considerando noveno; Tribunal Constitucional, rol 3540-17, considerando sexto; Tribunal Constitucional, rol 3541-17, considerando sexto; Tribunal Constitucional, rol 3865-17, considerando décimo.

209 Tribunal Constitucional, rol 576-07, considerandos vigésimo tercero a trigésimo; Tribunal Constitucional, rol 519-07, considerandos vigésimo tercero a vigésimo quinto; Tribunal Constitucional, rol 3539-17, considerando noveno; Tribunal Constitucional, rol 3540-17, considerando noveno; Tribunal Constitucional, rol 3541-17, considerando noveno.

210 Tribunal Constitucional, rol 519-07, considerando vigésimo quinto; Tribunal Constitucional, rol 3539-17, considerando séptimo; Tribunal Constitucional, rol 3540-17, considerando séptimo; Tribunal Constitucional, rol 3541-

de ciertos “deberes alimentarios”. Dicha semejanza se observa al constatar que el arresto del empleador es consecuencia, en primer término, de la desobediencia de una orden judicial, como es el requerimiento de pagar las cotizaciones dentro de un determinado plazo. Además, como ya se ha razonado, ambas comparten ser una privación de libertad por deudas con fuente directa en la ley.²¹¹

La Declaración Americana de Derechos Humanos, antecedente directo de la Convención Americana, en su artículo 25, inciso segundo, prohíbe ser detenido “por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil”.²¹²

- Interpretando el artículo 7.7. del Pacto enfatiza que “lo prohibido es que la conducta de no pagar una obligación pecuniaria sea tratada jurídicamente como causa de una sanción privativa de libertad”. Si la persona está en riesgo de sufrir privación de libertad por no pago de indemnización civil emanada de la comisión de un delito (manejo en estado de ebriedad causando la muerte de alguien, hecho establecido por sentencia judicial ejecutoriada), el pago de la indemnización constituye, en la especie, una condición para mantener vigente el goce de un beneficio el de la libertad vigilada en el modo de cumplir la sentencia impuesta; el incumplimiento de ese pago no es causa de la privación de libertad, sino el delito que lo antecede.²¹³
- En caso en que el requirente alega vulneración al artículo 7.7 de la Convención Americana por la eventual pérdida de libertad por no pago de multa impuesta por sentencia judicial, el Tribunal Constitucional reitera que el sentido de la norma internacional es proscribir que una persona sea privada de su libertad como consecuencia del no pago de una obligación contractual, esto es, de aquélla derivada de un acuerdo de voluntades que vincula a las partes en el ámbito civil; lo prohibido es que la conducta

17, considerando séptimo; Tribunal Constitucional, rol 4465-18, considerando décimo sexto.

211 Tribunal Constitucional, rol 519-07, considerando vigésimo noveno; Tribunal Constitucional, rol 3539-17, considerando noveno.

212 Tribunal Constitucional, rol 3539-17, considerando octavo; Tribunal Constitucional, rol 3540-17, considerando octavo; Tribunal Constitucional, rol 3541-17, considerando octavo.

213 Tribunal Constitucional, rol 807-07, considerandos décimo a décimo tercero.

de no pagar una obligación pecuniaria sea tratada jurídicamente como causa de una sanción privativa de libertad.²¹⁴

- En caso de eventual pérdida de libertad en proceso de ejecución de una sentencia condenatoria firme penal por delito tributario, por vulnerar la prestación de servicios en beneficio de la comunidad en conversión de una multa, el Tribunal Constitucional reitera que no se produce vulneración del artículo 7.7 de la Convención Americana tratándose de un incumplimiento legal que se encuentra tipificado como delito.²¹⁵

5. Reflexiones sobre el análisis temático

Debido a la escueta cláusula de apertura al derecho internacional —contenida en el artículo quinto inciso segundo de la Constitución chilena— la fuente del deber de los tribunales del Poder Judicial de efectuar controles de convencionalidad no puede considerarse como una obligación constitucional de derecho interno. Se trata, más bien, de una obligación de carácter internacional, asumida por el Estado de Chile en su calidad de Estado democrático miembro de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, que ha ratificado la Convención Americana y reconocido la competencia de la Corte Interamericana. Además, en aquellos casos contenciosos en los cuales Chile ha sido condenado, en esa temática específica sobre la cual trata el razonamiento de la Corte para fundar su resolución, al Estado le es vinculante con efecto *erga omnes*, pues los fallos conllevan una garantía de no repetición y por tanto, son parte de los efectos irradiadores de la sentencia y su posterior cumplimiento en el ámbito interno.

El Tribunal Constitucional chileno, aunque no sea un tribunal de amparo de derechos fundamentales, puede realizar un “control de convencionalidad”. Dadas las controversias que genera entre los académicos esta teoría, preferimos indicar que puede realizar una integración de las normas del derecho internacional en el razonamiento que efectúe para resolver requerimientos de inaplicabilidad fundados en la vulneración de derechos fundamentales. Además, el control de convencionalidad pareciera en su esencia referir a la selección del derecho internacional en caso de haber contradicción con las normas internas. Y creemos que este no necesariamente será el resultado. Ello dependerá, en definitiva,

214 Tribunal Constitucional, rol 4074-19, considerando quinto.

215 Tribunal Constitucional, rol 3712-19, considerando décimo cuarto.

de aquella norma que mejor proteja a la víctima (principio *pro homine*), cual podría ser la norma interna. La mayoría de las veces, la norma interna está en consonancia con la internacional, y al realizarse la integración, en vez de anularse o desplazarse, se complementan.

La temática a propósito de la cual surge la teoría del control de convencionalidad no es baladí. Se trata de un caso que se enmarca en lo que se ha denominado justicia transicional, ya que la norma que prohíbe la aplicación de las autoamnistías, y que viene siendo reconocida por la comunidad internacional desde los Tribunales de Núremberg y de Tokio, actualmente siendo innegable su carácter de norma de *ius cogens*, contribuye a evitar la impunidad, permite hacer justicia y reparar a las víctimas. Luego, la resolución de la Corte Interamericana en el sentido de declarar la prevalencia de esta norma de frente a leyes internas, introduce este concepto de “control de convencionalidad”, lo cual gatilla una serie de discusiones entre los académicos, y reabre viejas discusiones entre positivistas e iusnaturalistas, entre monistas y dualistas, y también acerca de cuál es el papel que le corresponde a los jueces, lo cual entrampa finalmente el objetivo y fin que hay detrás. La Corte no está inventando algo nuevo, solo “bautiza” con una nomenclatura, que adiciona puntos de desacuerdo. Creemos que la cuestión que hay detrás es más simple: El Estado es parte de los sistemas de protección de los derechos humanos, ha reconocido la competencia de la Corte, debe cumplir sus sentencias, esta obligación la tienen todos los poderes del Estado, incluyendo el judicial, y por la vía interpretativa quien juzga debe hacer una integración de las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, máxime si estos principios fundantes tienen por finalidad el resguardo de la dignidad humana.

Ante un positivismo extremo seguirá siendo cuestionado el control de convencionalidad difuso en Chile, mientras no exista una explicitación constitucional sobre el particular. No obstante, ello no impide que dicho control pueda efectuarse, al menos en relación con aquellos criterios jurisprudenciales ya establecidos por la Corte Interamericana en sentencias dictadas contra el Estado de Chile. En tales casos, al acoger internamente dichos razonamientos, los tribunales dan cumplimiento de buena fe a lo resuelto, asegurando así garantías de no repetición en casos análogos. Se debe recordar que el control de convencionalidad es una herramienta que nos permite maximizar la efectividad de la protección de los derechos humanos a través de la integración en el foro doméstico de los estándares internacionales existentes. En el caso de antinomias entre la norma interna y la internacional, el examen de com-

patibilidad que se efectúa podrá implicar el desplazamiento e inaplicabilidad de la norma interna, prefiriendo la internacional, como ocurre en la justicia transicional chilena; pero en otras materias, como en movilidad humana, en la cual existe una mejor armonización legislativa entre el orden interno y el internacional, permite integrar por la vía de la interpretación el estándar internacional en los fundamentos jurídicos de la *ratio decidendi*.

Además, se debe incluir en el análisis las particularidades del sistema de fuentes del derecho internacional, especialmente en el campo de los derechos humanos y su desarrollo a partir de los horrores de las guerras mundiales. En este ámbito, las fuentes por antonomasia son las fuentes materiales de origen consuetudinario y expresión de principios estructurales del derecho internacional de los derechos humanos y no las fuentes formales que solo cristalizan estas al ponerlas por escrito. También ello explica que las herramientas hermenéuticas para validar la realización de un examen de compatibilidad entre las normas internas y las internacionales no necesiten estar positivizadas en el derecho interno. Así, no es indispensable que la Constitución reconozca explícitamente la interpretación conforme a las normas internacionales ni el principio *pro homine*, para que sean utilizados estos mecanismos por los jueces. Estos institutos son de derecho público y han sido creados en aras de facilitar la efectividad de los derechos humanos, cual es el propósito final. Ahora bien, para quienes adhieren a visiones positivistas del derecho, no se debe olvidar que podemos encontrar disposiciones escritas que fundan la obligatoriedad de armonizar el derecho interno con el derecho internacional, especialmente en los artículos 26, 27, 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y los artículos 1, 2 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Referencias

Bibliografía

- ACNUDH (1996-2025). “Observaciones generales. Órganos de los Tratados”. Disponible en <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/general-comments>.
- Aguilar Cavallo, Gonzalo (2009). “La desaparición forzada de personas: naturaleza, fuentes y jerarquía. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional relativo a la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas”. *Estudios constitucionales*, 7 (2): 429-463.
- Álvarez, Rommy y Rueda, Natalia (2022). “Derecho a la identidad, filiación y apellidos. Perspectiva desde los derechos de la infancia y de la mujer en los sistemas jurídicos chileno y colombiano”. *Ius et Praxis*, 28 (2): 124-144.
- Bernales Rojas, Gerardo (2019). “El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”. *Ius et Praxis*, 25 (3): 277-306.
- Botero Marino, Catalina (2006). “Derecho penal internacional y justicia de transición”. En Camila De Gamboa Tapia (ed.), *Justicia Transicional: teoría y praxis* (pp. 280-323). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Camarillo, Laura y Rosas, Elizabeth (2016). “El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos”. *Revista IIDH*, 64: 128-159.
- Cassel, Douglass (1996). “Lessons from the Americas: Guidelines for International Response to Amnesties for Atrocities”. *Law and Contemporary Problems*, 59 (4): 197-230.
- Centro de Derechos Humanos (2019). *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2019*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Centro Internacional para la Justicia Transicional (2009). “¿Qué es la justicia transicional?”. Disponible en <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-Spanish.pdf>.
- Colombo, Ignacio (2022). “Un análisis crítico de la doctrina del control de convencionalidad”, *Revista Omnia*, 5 (1): 83-116. Disponible en <https://revistas.ucasal.edu.ar/index.php/RO/article/view/350/370>

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2021). *Compendio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre verdad, memoria, justicia y reparación en contextos transicionales*. OEA/Ser.L/V/II, 12 de abril de 2021.
- Contesse, Jorge (2018). "The final word? Constitutional dialogue and the InterAmerican Court of Human Rights". *International Journal of Constitutional Law*, 15(2): 414-435. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/mox034>
- Contreras Vásquez, Pablo (2015). "Análisis crítico del control de convencionalidad". En Manuel Antonio Núñez Poblete (ed.), *La Internacionalización del Derecho Público* (pp. 425-469). Santiago: Thomson Reuters.
- Contreras Vásquez, Pablo (2017). "Notas sobre el corpus juris interamericano". En Humberto Nogueira y Gonzalo Aguilar (coords.), *Control de Convencionalidad, Corpus Iuris y Ius Commune Interamericano* (pp. 145-157). Santiago: Triángulo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2025). "¿Qué es la Corte IDH?". Disponible en https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm.
- Cumplido Cereceda, Francisco (2003). "La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y Jurisprudencia". *Ius et Praxis*, 9 (1): 365-374. Disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100018
- Díaz Fuenzalida, Juan Pablo (2019). "Son parte del bloque de constitucionalidad los principales tratados internacionales de derechos humanos de la ONU en Chile? Del texto positivo a la aplicación en tribunales de justicia". *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 9 (1): 153-172. DOI: 10.5102/rbpp.v9i1.5982.
- Díaz Fuenzalida, Juan Pablo y Villamil Rodríguez, Juan Sebastián (2020). "La otra cara de la moneda: protección constitucional de la empresa, el emprendimiento y la libre competencia en Chile y Colombia". *Revista de Direito Internacional (Uniceub)*, 17 (1): 230-256. DOI: 10.5102/rdi.v17i1.6159.
- Díaz Fuenzalida, Juan Pablo (2021). "¿Son parte del bloque de constitucionalidad los tratados internacionales de derechos humanos de la OEA en Chile? Avances en base a la doctrina, normativa y jurisprudencia". *Brazilian Journal of International Law*, 18 (1): 269-288.

- Disponible en <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/7252/pdf>
- Díaz Tolosa, Regina Ingrid (2006). “Aplicación de los Convenios de Ginebra por los tribunales de justicia chilenos”. *Revista Chilena de Derecho*, 33 (2): 305-327.
- Díaz Tolosa, Regina Ingrid (2013). “Aplicación judicial en Chile del “ius cogens” como manifestación de la internacionalización del Derecho interno en materia de protección de la dignidad humana”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 40: 393-417. Disponible en https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_art-text&pid=S0718-68512013000100012
- Díaz Tolosa, Regina Ingrid (2020a). “Expulsión de extranjeros: La aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en la jurisprudencia chilena”. *Estudios de Derecho* (Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia), 77 (169): 61-85.
- Díaz Tolosa, Regina Ingrid (2020b). “Aplicación de los estándares interamericanos sobre expulsión de migrantes en el sistema jurídico chileno”. *Estudios Constitucionales*, 18 (1): 309-352.
- Díaz Tolosa, Regina Ingrid (2021/2022). “Constitución y derechos humanos: Técnicas de articulación entre derecho internacional y derecho interno”. *Estudios Constitucionales*, número especial: 84-109.
- Fernández Neira, Karinna y Sferrazza Taibi, Pietro (2009). “La aplicación de la prescripción gradual del delito en las causas sobre violaciones de derechos humanos”. *Anuario de Derechos Humanos* 2009: 183-192.
- Galdámez Zelada, Liliana (2011). *Impunidad y tutela judicial de graves violaciones a los Derechos Humanos*. Santiago: Librotecnia.
- Garcés Ramírez, Fernanda (2023). “Una mirada crítica al control de convencionalidad”. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 28: 101-142. Disponible en <https://www.rduss.cl/index.php/ojs/article/view/27/26>
- García Ramírez, Sergio (1998). “Dos temas de la jurisprudencia interamericana: proyecto de vida y amnistía”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 95 (2): 61-75.
- García Roca, Javier (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Thomson Reuters.

- Gargarella, Roberto (2017). “La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana. Artículo publicado en La Ley”. *La Ley*, Ed. Especial, LXXXI (39): 3-5.
- Gavron, Jessica (2002). “Amnesties in the light of developments in International Law and the establishment of the International Criminal Court”. *International and Comparative Law Quarterly*, 51 (1): 91-117.
- Góngora Pimentel, Genaro David (2022). “La supremacía constitucional, fundamento del Estado de derecho”. *Cuestiones Constitucionales*, 46: 379-382. Disponible en: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2022.46.17062>
- González Domínguez, Pablo (2018). “La relación entre la doctrina del control de convencionalidad y el derecho nacional”. *Cuestiones Constitucionales*, 38: 199-226. DOI: 10.22201/ijj.24484881e.2018.38.11880.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo (2014). *Derecho Procesal Transnacional: Los procedimientos en la Comisión y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México D.F.: Tirant lo Blanch.
- Henríquez Viñas, Miriam y Núñez Leiva, José Ignacio (2019). “Control de convencionalidad en Chile. Un soliloquio en el ‘laberinto de la soledad’”. En Miriam Henríquez Viñas y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *El control de convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile* (pp. 375-402). Santiago: Der Ediciones.
- Henríquez Viñas, Miriam Lorena y Núñez Leiva, José Ignacio (2024). “I.6 Conventionality Control an Expression of the Basic Elements of the Judicial Function”. Morales Antoniazzi, *Transformations on the Ground* (pp. 122-137). New York: Oxford University Press.
- Horvitz Lennón, María Inés (2006). “Amnistía y prescripción en causas sobre violación de Derechos Humanos en Chile”. *Anuario de Derechos Humanos*, 2: 217-225.
- Infante Caffi, María Teresa (1996). “Los tratados en el derecho interno chileno: el efecto de la Reforma Constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia”. *Revista Chilena de Derecho*, 23 (2 y 3, Tomo I): 277- 297.
- Jastram, Kate (2003). “Family unity”. En T. Alexander Aleinikoff y Vincent Chetail (eds.), *Migration and international legal norms* (pp. 185-201). The Hague: TMC Asser Press.

- Lambert, Hélène (2014). "Family unity in migration law". En Vincent Chetail, y Céline Bauloz (eds.), *Research Handbook on International Law and Migration* (pp. 194-215) Great Britain: Edward Elgar Publishing.
- Laplante, Lisa J. (2009). "Outlawing Amnesty: The Return of Criminal Justice in Transitional Justice Schemes". *Virginia Journal of International Law*, 49 (4): 915-984.
- López Dawson, Carlos (1995). *Justicia Militar. Una nueva mirada* Santiago: Editora Nacional de Derechos Humanos.
- Martinón Quintero, Ruth (2018). "El activismo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista de Derecho Público*, 89: 93-124. DOI: 10.5354/0719-5249.2018.52043.
- Matus Acuña, Jean Pierre (2006). "Informe pericial ante la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, sobre aplicación jurisprudencial de Decreto Ley 2191 de Amnistía, de fecha 19 de abril de 1978". *Ius et praxis*, 12 (1): 275-296.
- Molina Vergara, Marcela (2018). "Estándares jurídicos internacionales: necesidad de un análisis conceptual". *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 25 (1): 233-256.
- Naqvi, Yasmin (2003). "Amnesty for war crimes: Defining the limits of International recognition". *International Review of the Red Cross*, 85 (851): 583-625.
- Nash Rojas, Claudio (2019). "Control de convencionalidad en Chile. Bases normativas, jurisprudencia y críticas". En Miriam Henríquez Viñas y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *El control de convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile* (pp. 403-446). Santiago: DER ediciones.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2003). "Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia". *Ius et Praxis*, 9 (1): 403-466. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100020
- Nogueira Alcalá, Humberto (2005). "Jurisprudencia comentada: Amnistía, prescripción y su armonización con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigente en Chile". *Gaceta Jurídica*, 301: 40-63.

- Nogueira Alcalá, Humberto (2008). “Informe en derecho sobre precedentes jurisdiccionales en materia de media prescripción”. *Ius et praxis*, 14 (2): 561-589.
- Paúl, Álvaro (2018). “Cuatro extendidos desaciertos de la Corte Interamericana que se observan en su Opinión Consultiva n° 24”. *Anuario de Derecho Público UDP*. Disponible en <https://derechopublico.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2021/12/Anuario-Derecho-Publico-2018.pdf>
- Poder Judicial (2015-2020). “Protocolos de Acceso a la Justicia de Grupos Vulnerables”. Disponible en https://servicios.pjud.cl/protocolo/PROTOCOLO_DIGITAL_FINAL.pdf.
- Requa, Marny A. (2012). “A Human Rights Triumph? Dictatorship-era Crimes and the Chilean Supreme Court”. *Human Rights Law Review*, 12 (1): 79- 106.
- Ribera Neumann, Teodoro y Díaz Fuenzalida, Juan Pablo (2023). “Der interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte und die Konventionskontrolle”. En Peter Hilpold, Christoph Perathoner (Hg.). *Völkerrecht. Europarecht. Deutsches Recht. Festschrift für Professor Gilbert Gornig* (pp. 519-535). Österreich: Nomos / Facultas.
- Sagüés, Néstor Pedro (2015). “Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad”. *Pensamiento Constitucional*, 20: 275-283.
- Tapia Herrera, René y Candia Falcón, Gonzalo (2023). “Los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos y El Estado de Derecho: Una Evaluación Crítica”. *Revista Chilena de Derecho*, 50 (2): 157-184. DOI: 10.7764/r.502.7.
- Tomé Da Mata, Edilney y Gómez Correio, Eduardo Bianchi (2016). “Responsabilidad Internacional del Estado frente a lucha contra la discriminación racial y étnica en España”. *Revista de Direito Internacional (Uniceub)*, 13 (1): 347-363. DOI: 10.5102/rdi.v13i1.3884.
- Valarezo Álvarez, María José, Diógenes Fernando Coronel Abarca y Armando Rogelio Durán Ocampo (2019). “La garantía constitucional de la libertad personal y el habeas corpus como elemento de protección del bien jurídico”. *Revista Universidad y Sociedad*, 11 (5): 470-478. Disponible en http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202019000500470&lng=es&tlng=es

Zúñiga Urbina, Francisco (2006). “Comentario: Sentencia en el caso Molco de la Excma. Corte Suprema de 13 de diciembre de 2006”. *Gaceta Jurídica*, 318: 30-34.

Jurisprudencia

Corte de Apelaciones de San Miguel, Contra Pinto y otro (2004): 11 junio 2004, rol 907-2004.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Contra Cevallos y otros (2008): 6 noviembre 2008, rol 5174-2007, Microjuris MJJ18747.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Contra Pinto (2008): 6 octubre 2008, rol 1462-2007, Microjuris MJJ18480.

Corte de Apelaciones de Santiago, Contra Romo Mena (1994): 30 septiembre 1994, rol 38683-94, Westlaw CL/JUR/177/1994.

Corte de Apelaciones de Santiago, Contra Contreras Sepúlveda y otros (caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez) (2004): 5 enero 2004, rol 11821-2003.

Corte de Apelaciones de Santiago, Barría y otros con Schernberger y otros (2005): 6 julio 2005, rol 15765-2004, Westlaw CL/JUR/3024/2005.

Corte de Apelaciones de Santiago, Marín con Pinochet (2005): 30 agosto 2005, rol 47806-2002, Westlaw CL/JUR/2473/2005.

Corte de Apelaciones de Santiago, Contra Burgos y otros (2006): 20 abril 2006, rol 24471-2005, Westlaw CL/JUR/6158/2006.

Corte de Apelaciones de Santiago, Contra Gómez Aguilar (2006): 18 enero 2006, rol 37483-2004, Westlaw CL/JUR/7724/2006.

Corte de Apelaciones de Santiago, Contra Ruiz, Madrid, Corvalán y Díaz (2006): 27 junio 2006, rol 14058-2004, Westlaw CL/JUR/8497/2006.

Corte de Apelaciones de Santiago, Contra Vallejos (2006): 8 noviembre 2006, rol 7797-2006, Westlaw CL/JUR/281/2006.

Corte de Apelaciones de Santiago, Contreras con Ruiz y otros (2006): 31 julio 2006, rol 146-2006, Westlaw CL/JUR/8682/2006.

Corte de Apelaciones de Santiago, Estado de Chile y otros con Rivera (2006): 8 noviembre 2006, rol 5937-2006, Westlaw CL/JUR/6802/2006.

Corte de Apelaciones de Santiago, Contra Alarcón (2007): 28 junio 2007, rol 1064-2007, vLex.

Corte de Apelaciones de Santiago, Contra Barría y otros (2007): 31 enero 2007, rol 21783-2003, Westlaw CL/JUR/318/2007.

- Corte de Apelaciones de Santiago, Carrasco con Fisco de Chile (2007): 10 julio 2007, rol 6715-2002, Westlaw CL/JUR/1339/2007.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Lejderman con Polanco y otros (2007): 18 diciembre 2007, rol 11801-2006, Westlaw CL/JUR/6802/2007.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Montiel con Fisco (2007): 31 enero 2007, rol 325-2002, Westlaw CL/JUR/3784/2007.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Müller y otro con Fisco (2007): 23 marzo 2007, rol 1211-2002, Westlaw CL/JUR/446/2007.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Toro y otros con Contreras y otros (2007): 19 diciembre 2007, rol 1579-2007, Westlaw CL/JUR/3048/2007.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Urrutia con Ruiz y otros (2007): 2 agosto 2007, rol 14281-2006, Westlaw CL/JUR/3814/2007.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Valencia con Fisco de Chile (2007): 31 mayo 2007, rol 3595-2002, Westlaw CL/JUR/1012/2007.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Contra González, Baigorri, Hernández, Pinochet y otros (2008): 14 noviembre 2008, rol 1772-2008.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Fuenzalida y otros con Fisco de Chile (2008): 16 mayo 2008, rol 9663-2003, Westlaw CL/JUR/5476/2008.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Ortega con Fisco de Chile (2008): 18 marzo 2008, rol 8917-2003, Westlaw CL/JUR/7450/2008.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Rifo con Krassnoff y otros (2009): 23 noviembre 2009, rol 1070-2009, Westlaw CL/JUR/3838/2009.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Vergara con Fisco de Chile (2009): 23 septiembre 2009, rol 2495-2008, Westlaw CL/JUR/7320/2009.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Quiñones con Fisco de Chile (2010): 29 octubre 2010, rol 7816-2009, Westlaw CL/JUR/8899/2010.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Abarzúa y otros con Fisco de Chile (2013): 27 marzo 2013, rol 2791-2011, Westlaw CL/JUR/677/2013.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Chacaltana y otros con Fisco de Chile y otros (2016): 4 agosto 2016, rol 1100-2015, Westlaw CL/JUR/5569/2016.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Zúñiga y otros con Contreras y otros (2017): 7 diciembre 2017, rol 2348-2015, Westlaw CL/JUR/7835/2017.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Lobos y otros con Fisco (2018): 2 marzo 2018, rol 7997-2017, Westlaw CL/JUR/1036/2018.

- Corte de Apelaciones de Temuco, *Contra Rivera González y otro* (2004): 29 diciembre 2004, rol 333-2004.
- Corte de Apelaciones de Temuco, *Painequir con Ubilla* (2021): 3 marzo 2021, rol 190-2020.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, *Saldivia con Universidad de Playa Ancha* (2024): 2 julio 2024, rol 3483-2024.
- Corte IDH, caso *Adolescentes Recluidos en Centros de Detención e Internación Provisoria del Servicio Nacional de Menores (SENAME) vs. Chile*, 20 noviembre 2024, serie C547.
- Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 26 septiembre 2006, serie C 154.
- Corte IDH, caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, 24 febrero 2012, serie C 239.
- Corte IDH, caso *Barrios Altos vs. Perú*, 30 noviembre 2001, serie C 87.
- Corte IDH, caso *Blake vs. Guatemala*, 24 enero 1998, serie C 36.
- Corte IDH, caso *Boyce y otros vs. Barbados* (2007), 20 noviembre 2007, serie C 169.
- Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010), 26 noviembre 2010, serie C 220.
- Corte IDH, caso *Carranza Alarcón vs. Ecuador*, 3 febrero 2020, serie C 399.
- Corte IDH, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, 21 noviembre de 2007, serie C 170.
- Corte IDH, caso *de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, 24 noviembre 2009, serie C 211.
- Corte IDH, caso *de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, 28 agosto 2014, serie C 282.
- Corte IDH, caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, 25 noviembre 2013, serie C 272.
- Corte IDH, caso *Galetovic Sapunar y otros vs. Chile*, 3 octubre 2024, serie C 538.
- Corte IDH, caso *García Lucero y otras vs. Chile*, 28 agosto 2013, serie C 267.
- Corte IDH, caso *Gelman vs. Uruguay*, 24 febrero 2011, serie C 221.
- Corte IDH, caso *Godínez Cruz vs. Honduras*, 20 enero 1989, serie C 5.

- Corte IDH, caso Habbal y otros vs. Argentina, 31 agosto 2022, serie C 463.
- Corte IDH, caso Huilcamán Paillama y otros vs. Chile, 18 junio 2024, serie C 527.
- Corte IDH, caso Jenkins vs. Argentina, 26 noviembre 2019, serie C 397.
- Corte IDH, caso Maldonado Vargas y otros vs. Chile, 2 septiembre 2015, serie C 300.
- Corte IDH, caso Nadege y otros vs. República Dominicana, 24 octubre 2012, serie C 251.
- Corte IDH, caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile, 29 noviembre 2018, serie C 372.
- Corte IDH, caso Palamara Iribarne vs. Chile, 22 noviembre 2005, serie C135.
- Corte IDH, caso Pávez Pávez vs. Chile, 4 febrero 2022, serie C 449.
- Corte IDH, caso Radilla Pacheco vs. México, 23 noviembre 2009, serie C 209.
- Corte IDH, caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, 24 noviembre 2006, serie C 158.
- Corte IDH, caso Vega González y otros vs. Chile, 12 marzo 2024, serie C 519.
- Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, 29 julio 1988, serie C 4.
- Corte IDH, caso Vélez Llor vs. Panamá, 23 noviembre 2010, serie C 218.
- Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14 sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, 19 agosto 2014, serie A 21.
- Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17 sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 24 noviembre 2017, serie A 24.
- Corte Suprema, Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad 27.640, deducido por Sergio Insunza Bascuñán, en causa rol 553-1978 de la Segunda Fiscalía del Juzgado Militar de Santiago (1990):

- 24 agosto 1990, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXX-VII, segunda parte, sección cuarta, pp. 64 y ss.
- Corte Suprema, Almendras y otros (2003): sentencia de casación, 31 enero 2003 (recurso de casación en el fondo), rol 4054-2001.
- Corte Suprema, Contra Contreras Sepúlveda y otros (caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez) (2004): 17 noviembre 2004, rol 517-2004.
- Corte Suprema, Contra Rivera González y otro (2005): 4 agosto 2005, rol 457-2005.
- Corte Suprema, Contra Flores y otro (caso Molco) (2006): 13 diciembre 2006, rol 559-2004, Westlaw CL/JUR/3805/2006.
- Corte Suprema, Martínez y otros con Fisco de Chile (2006): 27 diciembre 2006, rol 6049-2005, Westlaw CL/JUR/8401/2006.
- Corte Suprema, Aguirre con Astudillo y otros (2007): 3 julio 2007, rol 2079-2006, Westlaw CL/JUR/5963/2007.
- Corte Suprema, Contra Barría y otros (2007): 27 diciembre 2007, rol 1489-2007, Microjuris MJJ16432.
- Corte Suprema, Contra Cardemil y otros (2007): sentencia de reemplazo, 27 diciembre 2007, rol 3587-2005.
- Corte Suprema, Contra Pinto (caso Chena) (2007): sentencia de reemplazo, Segunda Sala (Penal), 13 marzo 2007, rol 3125-2004, Westlaw CL/JUR/3394/2007.
- Corte Suprema, Contra Ruiz, Madrid, Corvalán y Díaz (2007): 30 julio 2007, rol 3808-2006, Westlaw CL/JUR/1510/2007.
- Corte Suprema, Contreras con Ruiz y otros (2007): 13 noviembre 2007, rol 6188-2006, Westlaw CL/JUR/6315/2007.
- Corte Suprema, Estado de Chile y otros con Rivera (2007): 5 septiembre 2007, rol 6525-2006, Westlaw CL/JUR/1873/2007.
- Corte Suprema, Marín con Pinochet (2007): 9 julio 2007, rol 5131-2005, Westlaw CL/JUR/1320/2007.
- Corte Suprema, Riquelme con Lecaros y otros (2007): 12 noviembre 2007, rol 6626-2005, Westlaw CL/JUR/6312/2007.
- Corte Suprema, Contra Alarcón (2008): 13 mayo 2008, rol 3872-2007, Westlaw CL/JUR/2326/2008.
- Corte Suprema, Contra Gómez (2008): 24 enero 2008, rol 1528-2006, Microjuris MJJ16521.

- Corte Suprema, Gallegos con Fernández (2008): 7 agosto 2008, rol 6574-2007, Westlaw CL/JUR/3133/2008.
- Corte Suprema, González con Arellano (2008): sentencia de reemplazo, 15 octubre 2008, rol 4723-2007, Westlaw CL/JUR/3796/2008.
- Corte Suprema, Lagos y otros con Guerra y otro, sentencia de reemplazo, Segunda Sala (Penal) (2008): 25 septiembre 2008, rol 4662-2007, Westlaw CL/JUR/5028/2008.
- Corte Suprema, Lazo y otro con Contreras y otros (2008): 29 octubre 2008, rol 6212-2007, Westlaw CL/JUR/1129/2008.
- Corte Suprema, Contra Medina (2008): 11 diciembre 2008, rol 2422-2008, Westlaw CL/JUR/5925/2008.
- Corte Suprema, Vergara con Sanhueza y otros (2008): 8 septiembre 2008, rol 6308-2007, Westlaw CL/JUR/3419/2008.
- Corte Suprema, Ávila con Fisco de Chile (2009): 14 enero 2009, rol 3540-2007, Westlaw CL/JUR/5724/2009.
- Corte Suprema, Contreras con Contreras y otros (2009): 22 enero 2009, rol 4329-2008, Westlaw CL/JUR/5798/2009 (sentencia de casación) y Westlaw CL/JUR/5799/2009 (sentencia de reemplazo).
- Corte Suprema, Lejderman con Polanco y otros (2009): sentencia de reemplazo, 25 mayo 2009, rol 696-2008.
- Corte Suprema, Meza y otro con Manzo y otros (2009): 29 septiembre 2009, rol 3378-2009, Westlaw CL/JUR/1855/2009.
- Corte Suprema, Nehgme y otros con Araneda y otros (2009): 28 enero 2009, rol 4427-2007, Westlaw CL/JUR/5825/2009.
- Corte Suprema, Toro y otros con Contreras y otros (2009): sentencia de reemplazo 9 marzo 2009, rol 695-2008.
- Corte Suprema, Urrutia con Ruiz y otros (2009): 28 enero 2009, rol 4691-2007, sentencia de casación y de reemplazo, Westlaw CL/JUR/5845/2009.
- Corte Suprema, Munizaga con González y Sanhueza (2010): 21 diciembre 2010, rol 9474-2009, Westlaw CL/JUR/11149/2010.
- Corte Suprema, Rivas y otros con Fisco (2010): 28 diciembre 2010, rol 7105-2008, Westlaw CL/JUR/11380/2010.
- Corte Suprema, Sindicato Campesino La Esperanza del Obrero del Complejo Agrícola y Forestal Panguipulli con Pinochet y otros (2011): 27 enero 2011, rol 8314-2009, Westlaw CL/JUR/1065/2011.

- Corte Suprema, *Contra Estado de Chile* (2011): 30 noviembre 2011, rol 6299-2009, Westlaw CL/JUR/8829/2011.
- Corte Suprema, *Contra Krassnoff Martchenko Miguel y otros* (2011): 2 diciembre de 2011, rol 3680-2011, Westlaw CL/JUR/8861/2011.
- Corte Suprema, *Codocedo y otros con Fisco de Chile* (2012): 6 junio 2012, rol 8593-2009.
- Corte Suprema, *Contra Aravena y otro* (2012): 7 marzo 2012, rol 5720-2010, Westlaw CL/JUR/519/2012.
- Corte Suprema, *Programa Continuación de la Ley 19123 con Leiva* (2012): 26 enero 2012, rol 10434-2011, Westlaw CL/JUR/211/2012.
- Corte Suprema, *Marambio Hernández con Director Hospital Regional de Rancagua* (2013): 17 diciembre 2013, rol 12418-2013.
- Corte Suprema, *Caratula reservada* (2014): 20 marzo 2014, rol 1686/2013.
- Corte Suprema, *Castillo y otros con Fisco de Chile* (2014): 5 mayo 2014, rol 16331-2013, Westlaw CL/JUR/1920/2014.
- Corte Suprema, *Salgado con Fisco de Chile* (2014): 19 noviembre 2014, rol 7888-2014, Westlaw CL/JUR/8690/2014.
- Corte Suprema, *Vásquez con Fisco de Chile* (2014): 30 enero 2014, rol 4700-2013, Westlaw CL/JUR/174/2014.
- Corte Suprema, *Boettiger y otros con Contreras y otros* (2015): 1 diciembre 2015, rol 30598-2014, Westlaw CL/JUR/4415/2015.
- Corte Suprema, *Felber y otros con Fisco de Chile* (2015): 30 enero 2015, rol 25921-2014, Westlaw CL/JUR/516/2015.
- Corte Suprema, *Gómez y otros con Fisco de Chile* (2015): 11 enero 2016, rol 7741-2015, Westlaw CL/JUR/179/2016.
- Corte Suprema, *Caratula reservada* (2016): 3 octubre 2016, rol 27543-2016, disponible en https://www.cooperativa.cl/noticias/site/artic/20161003/asocfile/20161003190250/revision_consejo_guerra_maldonado_y_otros.pdf.
- Corte Suprema, *Miranda con Fisco de Chile* (2016): 29 marzo 2016, rol 2289-2015.
- Corte Suprema, *Pinto con Fisco de Chile* (2016): 29 junio 2016, rol 796-2016, Westlaw CL/JUR/4681/2016.
- Corte Suprema, *Sepúlveda con Fisco de Chile* (2016): 25 enero 2016, rol 37993-2015, Westlaw CL/JUR/522/2016.

- Corte Suprema, Villalobos con Moren y otro (2016): 12 octubre 2016, rol 23573-2015, Westlaw CL/JUR/7110/2016.
- Corte Suprema, Brevis con Fisco de Chile (2017): 8 mayo 2017, rol 100751-2016, Westlaw CL/JUR/2677/2017.
- Corte Suprema, Garcés y otros con Espinoza y otros (2017): 27 abril 2017, rol 82246-2016, Westlaw CL/JUR/2389/2017.
- Corte Suprema, Lastra con Fisco de Chile (2017): 26 abril 2017, rol 11767-2017, Westlaw CL/JUR/2826/2017.
- Corte Suprema, Pereira y otros con Luzoro y otro (2017): sentencia de casación, 16 noviembre 2017, rol 1568-2017, Westlaw CL/JUR/7346/2017.
- Corte Suprema, Tejeda con Hospital Regional Rancagua (2017): 15 mayo 2017, rol 120-2017.
- Corte Suprema, González con Policía de Investigaciones de Chile y Juzgado de Cobranza Laboral y previsional de Santiago (2018): 28 junio 2018, rol 15023-2018.
- Corte Suprema, Muñoz con Lizama (2018): 22 mayo 2018, rol 450-2018.
- Corte Suprema, Anonimizado (2020): 20 julio 2020, rol 33316-2019.
- Corte Suprema, Fernández con Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile (2020): 3 julio 2020, rol 14916-2020.
- Corte Suprema, Romero con Corporación de Asistencia Judicial Región del Biobío (2020): 6 mayo 2020, rol 1.546-2020.
- Corte Suprema, Anonimizado (2021): 15 marzo 2021, rol 131078-2020.
- Corte Suprema, Anonimizado (2021): 20 septiembre 2021, rol 69492-2021.
- Corte Suprema, Anonimizado (2021): 13 octubre 2021, rol 76117-2021.
- Corte Suprema, Anonimizado (2022): 5 julio 2022, rol 24929-2022.
- Corte Suprema, Ascanio Solorzano contra Delegación Presidencial de Arica y Parinacota (2022): 4 mayo 2022, rol 12.696-2022, revocando fallo de la Corte de Apelaciones de Arica, rol 165-2022.
- Corte Suprema, Caraballo Silva contra Delegación Presidencial de Atacama (2022): 22 junio 2022, rol 22317-2022, revocando fallo de la Corte de Apelaciones de Copiapó, rol 67-2022.
- Corte Suprema, Coronado Borges contra Delegación Presidencial de Atacama (2022): 26 mayo 2022, rol 16.193-2022, revocando fallo de la Corte de Apelaciones de Copiapó, rol 57-2022.

- Corte Suprema, Herrera Contreras contra Delegación Presidencial de Arica y Parinacota (2022): 15 noviembre 2022, rol 139.956-2022, revocando fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco, rol 259-2022.
- Corte Suprema, Morillo Ugarte contra Delegación Presidencial de Arica y Parinacota (2022): 26 julio 2022, rol 40407-2022, revocando fallo de la Corte de Apelaciones de Arica, rol 240-2022.
- Corte Suprema, Painequir con Ubilla (2022): 17 agosto 2022, voto disidente del Ministro Blanco, rol 28.614-2022.
- Corte Suprema, Yeroxiz Gonzáles contra Delegación Presidencial Regional de Valparaíso (2022): 13 junio 2022, rol 20716-2022, revocando fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 1229-2022.
- Corte Suprema, Vásquez contra Intendencia Regional Antofagasta (2022): 21 febrero 2022, rol 5040-2022, revocando fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 23-2022.
- Corte Suprema, Vega con Piñera (2022): 25 noviembre 2022, rol 7130-2022.
- Corte Suprema, Jiménez Blanco contra Delegación Presidencial Regional de Arica y Parinacota (2023): 10 noviembre 2023, rol 242020-2023, revocando fallo de la Corte de Apelaciones de Chillán, 147-2023.
- Corte Suprema, Morillo con Delegación Presidencial Antofagasta (2023): 25 septiembre 2023, rol 217.778-2023, revocando fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco, rol 205-2023.
- Corte Suprema, Anonimizado (2024): 3 septiembre 2024, rol 207.718-2023.
- Corte Suprema, Leiva con décimo segundo Juzgado de Garantía de Santiago (2024): 26 diciembre 2024, rol 60.746-2024, revocando fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 969- 2024.
- Corte Suprema, Mamani con Servicio Nacional de Migraciones (2024): 18 diciembre 2024, rol 28824-2024, revocando fallo de la Corte de Apelaciones de Arica, rol 56-2024.
- Corte Suprema, Quevedo con Juzgado de Letras de Garantía de Talca (2024): 3 junio 2024, rol 17326-2024, revocando fallo de la Corte de Apelaciones de Talca, rol 228-2024.
- Corte Suprema, Quintana Molina y otros con Consejo de Defensa del Estado (2024): 31 enero 2024, rol 31.940-2022.

- Corte Suprema, Saldivia con Universidad de Playa Ancha (2024): 2 diciembre 2024, rol 28.275-2024.
- Corte Suprema, Arias Carabali con Servicio Nacional de Migraciones (2025): 17 marzo 2025, rol 7006-2025.
- Corte Suprema, Fenelon Yolande con Servicio Nacional de Migraciones (2025): 24 febrero 2025, rol 4635-2025.
- Corte Suprema, Mavares con Servicio Nacional de Migraciones (2025): 17 marzo 2025, rol 5591-2025.
- Corte Suprema, Ostos con Servicio Nacional de Migraciones (2025): 13 marzo 2025, rol 5697-2025.
- Ministro de Fuego, *Marín con Pinochet* (2002): sentencia 19 junio 2002, rol 2182-1998, Westlaw CL/JUR/2309/2002.
- Tribunal Constitucional, rol 576-07, 24 de abril de 2007.
- Tribunal Constitucional, rol 519-07, 05 de junio de 2007.
- Tribunal Constitucional, rol 834-08, 13 de mayo de 2008.
- Tribunal Constitucional, rol 1340-09, 29 de septiembre de 2009.
- Tribunal Constitucional, rol 2265-12-INA, 21 de noviembre de 2012.
- Tribunal Constitucional, rol 2493-13, 6 de mayo de 2014.
- Tribunal Constitucional, rol 3016 (3026)-16-CPT, 12 de mayo de 2016.
- Tribunal Constitucional, rol 3539-17, 06 de marzo de 2018.
- Tribunal Constitucional, rol 3540-17, 06 de marzo de 2018.
- Tribunal Constitucional, rol 3541-17, 06 de marzo de 2018.
- Tribunal Constitucional, rol 6717-19-INA, 12 de junio de 2018.
- Tribunal Constitucional, rol 3865-17, 16 de agosto de 2018.
- Tribunal Constitucional, rol 4465-18, 16 de agosto de 2018.
- Tribunal Constitucional, rol 3712-19, 10 de abril de 2019.
- Tribunal Constitucional, rol 4074-19, 25 de abril de 2019.
- Tribunal Constitucional, rol 7181-19-INA, 2 de enero de 2020.
- Tribunal Constitucional, rol 807-07, 04 de octubre de 2007.
- Tribunal Constitucional, rol 8108-2020-INA, 23 de abril de 2020.
- Tribunal Constitucional, rol 8816-2020-INA, 10 de septiembre de 2020.
- Tribunal Constitucional, rol 8123-20 INHP, 17 de septiembre de 2020.
- Tribunal Constitucional, rol 8792-2020, 29 de septiembre de 2021.
- Tribunal Constitucional, rol 14.658-2023, 11 de abril de 2024.

Control de convencionalidad como herramienta de protección de Derechos Humanos
de Juan Pablo Díaz Fuenzalida y Regina Ingrid Díaz Tolosa



Academia Judicial de Chile
Colección Materiales Docentes

